# Erziehungsverträge

von

**Joachim Vorwerk**
Gerichtsreferendar aus Lauban.

1930

Hochschulverlag Breslau 1930
Druck: Karl Vater, Breslau 5, Siebenhufenerstraße 11/15

# Erziehungsverträge.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität

zu Marburg/Lahn

vorgelegt von

**Joachim Vorwerk**

Gerichtsreferendar in Lauban.

Marburg 1930.

Hochschulverlag Breslau
Druck: Karl Vater, Breslau 5, Siebenhufenerstraße 11/15

Dissertation von der
juristischen Fakultät angenommen am 1. Dezember 1928

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

**Berichtigung.**

Seite 11: [26]) Vgl. auch unten S. 16.

„ 16: [28]) Vgl. dazu oben S. 19.

„ 19: [2]) Vgl. unten S. 26.

„ 26: [4]) Vgl. oben S. 27.

„ 27: [9]) Siehe oben S. 39.

„ 39: [29]) Vgl. unten S. 53.

Seite 52: [10]) Wenn z. B. der Vater seinem Nachbarn empfiehlt, seinem Jungen ein paar Ohrfeigen zu geben, falls er sich ungebührlich benehme; vgl. auch unten S. 56 und oben S. 18, 19.

Seite 53: [11]) Fischer, Rechtspflege in Bayern 1905, 505.

# Gliederung.

Einleitung.

Erster Hauptteil.

## Die Personensorge.

### Erster Abschnitt. Geschichtlicher Ueberblick.

A. Die älteren Rechte.
B. Die jüngeren Rechte.

### Zweiter Abschnitt. Die Personensorge im geltenden Recht.

Erster Titel.

Der Inhalt der Personensorge.

A. Abgrenzungen.
   I. Abgrenzung zur Vermögensverwaltung.
   II. Unterschied zwischen tatsächlicher und rechtlicher Personensorge.
B. Der Inhalt im einzelnen.
   I. Die tatsächliche Personensorge.
      a. Die Erziehung.
      b. Die Hilfsrechte.
   II. Die rechtliche Personensorge.
      a. Ihre gesetzliche Notwendigkeit.
      b. Ihre Träger.
   III. Die selbständigen Gewaltrechte.
      a. Das Verkehrsrecht, § 1636.
      b. Das Nutznießungsrecht, § 1649.

Zweiter Titel.
Die Träger der Personensorge.
A. Wenn der Vater ausgeschieden ist.
I. Unbestrittene rechtliche Gleichstellung.
II. Sie wird auch nicht durch einen Beistand der Mutter aufgehoben.
B. Neben dem Vater.
I. Hat die Mutter die ihr nach § 1634 zustehende Personensorge „kraft elterlicher Gewalt"?
a. Widersprechende Gründe.
b. Bejahende Gründe.
II. Wie verhalten sich die beiden Rechte zueinander.
a. Gemeinschaftliches Recht beider Eltern?
b. Oder zwei in Quelle und Bestand selbständige Rechte?

**Zweiter Hauptteil.**

**Die Verträge.**

**Erster Abschnitt. Inhalt der Verträge.**
**Zweiter Abschnitt. Gültigkeit der Verträge.**

Erster Titel.
Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Personensorge.
A. Inhalt des Grundsatzes.
B. Seine Begründung.
I. Gegengründe.
a. Die Personenstandsänderungen.
1. Aufzählung.
2. Bedeutung.
α. Im Allgemeinen.
β. Im Besonderen.
A) Vollständige Veränderung durch
aa. Die Volljährigkeitserklärung.
bb. Die Ehelichkeitserklärung.
cc. Die Annahme an Kindesstatt.

B) Teilweise Veränderung durch
aa. Die Ermächtigungen gem. §§ 112, 113.
bb. Die Eheschließung Minderjähriger.
b. Garnicht wird der Personenstand verändert durch den Verzicht auf das Nutznießungsrecht.
I. Die Unveräußerlichkeit wird begründet
a. Von den Lehrmeinungen, weil die elterliche Gewalt sei
1. Zwingendes Recht.
α. Das Wesen des zwingenden Rechts.
β. Seine Bedeutung.
2. Höchstpersönliches Recht.
α. Das Wesen des höchstpersönlichen Rechts.
β. Seine Bedeutung.
weil ein Verzicht auf die elterliche Gewalt sei
3. Eine Sittenwidrigkeit nach § 138.
α. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift.
β. Ihre praktische Brauchbarkeit.
4. Eine Unmöglichkeit nach § 306.
weil die elterliche Gewalt sei
5. Oeffentliches Recht.
α. Dagegen spricht schon die Vermutung.
β. Die Beweisführung.
A) Mit Art. 120 RW.
aa. Sein Inhalt.
bb. Seine Bedeutung.
B) Mit der Entziehbarkeit und dem Pflichtgehalt der elterlichen Gewalt.
aa. Die Entziehbarkeit.
bb. Die Pflicht zur Ausübung.
b. Aus der Eigenart der elterlichen Gewalt als einem Herrschaftsverhältnis.
1. Nach den Gegnern ist sie der Vormundschaft wesensgleich.
α. Inhalt dieser Lehre.
β. Ihre Begründung.

A) Die Gleichheit in den Grundlagen.
B) Die Gleichheit in der Stellung ihrer Inhaber durch die Abhängigkeit vom
aa. Genehmigungsrecht und
bb. Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts.
2. Die elterliche Gewalt ist ein Herrschaftsverhältnis.
α. Inhalt dieser Lehre.
β. Ihre Begründung.
A) Die Volksanschauung.
B) Das Gesetz.
aa. Das Nutznießungsrecht des § 1649.
bb. Das Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Erziehung.
cc. Der Herausgabeanspruch des § 1632.
dd. Die erleichterte Haftung des Vaters nach § 1664.

Zweiter Titel.

Trennung von Zuständigkeit und Ausübung.
A. Ihre rechtliche Zulässigkeit im Allgemeinen.
I. Die Durchführung der Zweiteilung.
a. Theoretisch.
b. Ihre praktische Bedeutung.
1. In der Person eines Inhabers.
2. Zwischen mehreren Personen.
II. Ihre Zulässigkeit im Familienrecht.
a. Muß der Vater zur Erziehung außerstande sein?
b. Darf sie nur bei einer besonderen Erziehungsmaßregel erfolgen?
B. Ihre rechtliche Bedeutung im besonderen.
I. Wann treten Rechtsbeziehungen ein?
II. Welcher Art sind diese?
a. Der andere übernimmt nur Pflichten.
b. Der andere erhält auch Rechte
1. Dem Vater gegenüber
α. Bei Uebertragung der Erziehung im ganzen

A) Durch Vertrag mit einem Dritten.
B) Durch Vertrag zwischen Ehegatten.
β. Bei Uebertragung des Verkehrsrechts.
A) Durch Vertrag mit einem andern Verkehrsberechtigten.
B) Durch Vertrag mit einem Dritten.
2. Dem Kinde gegenüber.
α. Inhalt des Vertrages.
β. Seine rechtliche Bedeutung.
A) Als Pflichterfüllung gegen den Vater.
B) Als abgeleitetes Erziehungsrecht.

**Dritter Abschnitt. Wirksamkeit der Verträge,** insbesondere ihr Einfluß auf die nach außen wirkenden Gewaltrechte des Vaters.

A. Die Fragestellung.
B. Ihre Prüfung.
I. Der Herausgabeanspruch.
a. Grundsätzliche Bindung.
1. Begründung.
α. Praktische Erwägungen.
β. Wegen § 127 GewO.
2. Ihre Gegner.
α. Ablehnung jeglicher Bindung.
β. Unbedingte Bindung.
A) Bei Verträgen zwischen Ehegatten.
aa. Während der Scheidung.
bb. Nach der Scheidung.
B) Bei Verträgen mit Dritten.
b. Ihre Durchführung.
1. Voraussetzung.
Sie wird erfüllt
α. In der Klagebegründung.
A) Zeitliche Grenzen des Vertrages.

B) Sachliche Grenzen des Vertrages.
aa. „Wichtiger Grund".
bb. Das Wohl des Kindes.
β. Die Einwendungen des Beklagten.
A) Arglist, § 226.
aa. Ihre Anwendbarkeit.
bb. Ihre praktische Brauchbarkeit.
B) Verbotene Eigenmacht, § 859.
C) Zurückbehaltungsrecht, § 273.
D) Verjährung.
E) Rechtsmißbrauch.
aa. Wenn die Mutter beklagt ist.
bb. Wenn ein Dritter beklagt ist.

I. Der Widerruf der Ermächtigung.
a. Fragestellung.
b. Prüfung.
1. Die Möglichkeit des Widerrufs.
α. Geschichtliches (Gemeines Recht).
β. Im BGB.
2. Sein vertraglicher Ausschluß.
α. Begründung.
β) Anwendung.
A) Grundsätzlich zulässig.
B) Seine Grenzen.

# Schrifttum.

**Altsmann:** Vormundschaft und elterliche Gewalt nach dem BGB. ZivArch. 76 (1890), 325 ff.
**v. Amira:** Grundriß des germanischen Rechts. Straßburg 1913.
**André:** Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Rektoratsrede. Marburg, 1905.
**Anschütz:** Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin 1926.
**Baer:** Eltern und Kinder im BGB. Westermanns Monatshefte, 1927, 650 ff.
**Baligand:** Beiträge zum Ehevertragsrecht. Diss., Würzburg, 1906.
**Bartsch:** Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter. Leipzig 1903.
**Behrend:** Das Reichsgesetz über Jugendwohlfahrt. Kommentar. Berlin, 1925.
**Bergmann:** Die Beendigung der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft. Diss., Berlin, 1912.
**Bettsack:** Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen. — OeffArch. 35 (1916), 382 ff.
**v. Blume:** Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts. — JherJahrb. 48 (1906), 417.
**v. Blume:** Die rechtliche Natur des Elternrechts, aus § 1636. BlfRA. 72 (1907), 95 ff.
**Boschan:** Eltern- und Vormundschaftsrecht. 1900.
**Braß:** Vertragsfreiheit im Familienrecht. Diss., Berlin, 1913.
**Brauweiler:** Berufsstand und Staat. Berlin, 1925.
**Bredt:** Der Geist der deutschen Reichsverfassung. Berlin, 1924.
**Breit:** Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung. BlfRA. 73 (1908), 841 ff., 883 ff.
**Brinz:** Lehrbuch der Pandekten, I. Band. Erlangen, 1873.
**Brunner:** Deutsche Rechtsgeschichte. Leipzig, 1906.
**Burchardi:** Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht. ZivArch. 8 (1825), 161 ff.
**Cosack:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena, 1912.

**Crome:** Erziehung und Verkehr mit den Kindern bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten. Recht, 1909, 44.
**Danziger:** Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person. Diss., Leipzig, 1908.
**Dernburg:** System des römischen Rechts. Berlin, 1912.
**Diefenbach:** Ueber das Züchtigungsrecht der Pflegeeltern und Erziehungsberechtigten. Gruch. 54 (1910), 105 ff.
**Dolch:** Das Elternrecht. Langensalza, 1928.
**Drewes-Sandré:** Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. Berlin, 1924.
**Duensing:** Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen. Diss., Zürich, 1903.
**Eck:** Die elterliche Gewalt im BGB. Ihr Inhalt und ihre Zuständigkeit. BürgArch. 41 (1915), 1 ff.
**Eckard:** Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder. Diss., Rostock, 1900.
**Eichhorn:** Der Mißbrauch im Familienrecht. Recht 9, 331 ff.
**Endemann:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1908.
**Engelmann:** Die Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern bei bestehender Ehe. Recht 1909, 563 ff.
**Enneccerus:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Marburg, 1928.
**Feder:** Verwandtschaftsrecht.
**Feder:** Die Rechtsstellung der Frau in den Weistümern. Jena, 1912.
**Fohr:** Die elterliche Gewalt nach dem Recht des Deutschen Reiches. ZivArch. 92 (1902), 378 ff.
**Förster-Eccius:** Preußisches Privatrecht, IV. Band. Berlin, 1897.
**Friedeberg-Polligkeit:** Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. Kommentar. Berlin, 1923.
**Friedmann-Braun:** Der Streit der Eltern um die Herausgabe des Kindes. DJZ. 1911, 1126 ff.
**Fuld:** Die elterliche Gewalt und das BGB. Berlin, 1890.
**Gehring:** Elterliche Personengewalt und Vertrag. Berlin, 1920.
**Gengler:** Das deutsche Privatrecht. Erlangen, 1892.
**Gierke:** Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig, 1889.

**Giese:** Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin, 1919.
**Gimmerthal:** Zur väterlichen Gewalt des Bürgerlichen Gesetzbuches. ZivArch. 104, 387 ff.
**Glaessing:** Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechts. OeffArch. 16 (1901), 161 ff.
**Goering:** Das Recht der Minderjährigen und Entmündigten.
**Hagemann:** Personenfürsorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während bestehender Ehe. ZblFG. 22, 401 ff.
**Hecker:** Die Adoption im geltenden Recht. Diss., Rostock, 1903.
**Hedemann:** Zuständigkeit im Streit um Kinder. Recht 1907, 96 ff.
**Hellwig:** System des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig, 1919.
**Heusler:** Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig, Band I, 1885, Band II, 1886.
**Heydemann:** §§ 1684 und 1685 BGB. Diss., Rostock, 1905.
**Hirsch:** Die Uebertragung der Rechtsausübung I, 1910.
**Hörle:** Ueber die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten. §§ 1353 bis 1363 BGB. BürgArch. 31 (1908), 113 ff.
**Hübner:** System des deutschen Privatrechts. Leipzig, 1922.
**Isay:** Patentgesetz. Berlin, 1926.
**Jastrow:** Das Recht der Frau nach dem BGB. 1897.
**v. Jhering:** Geist des römischen Rechts I 4. Leipzig, 1878.
**Joseph:** Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind während bestehender Ehe. BlfRA. 74 (1909), 121 ff.
**Joseph:** Verträge geschiedener Ehegatten über die Kinder. ZivArch. 119 (1921), 403 ff.
**Jung:** Ueber die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht. ZeitschrRechtsphil. 1919, 293 ff.
**Junghans:** Die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit dem eigenen Kinde. SächsRpflArch. 1912, 485 ff.
**Keidel:** Annahme an Kindesstatt. BlfRA. 64 (1899), 409 ff.
**Kipp:** Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den romanischen Rechten. Berlin, 1928.
**Kipp-Wolff:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus. — Familienrecht — Marburg, 1928.

**Kleinsorg:** Ehegatten und Kinder im deutschen Recht. München-Gladbach, 1925.
**Knitschky:** Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB. Berlin, 1899.
**Kohler:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III 2. Berlin, 1915.
**Kohler:** Das Recht an Denkmälern und Altertumsfunden. DJZ. 1904, 771 ff.
**Köhne:** Elterliche Gewalt und Vormundschaft. Gruch. 40 (1896), 597 ff.
**Kuhlenbeck:** Die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. München, 1910.
**Kuhlenbeck:** Von den Pandekten zum BGB.
**Kraut:** Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. II. Band. Göttingen, 1847.
**Kruchen:** Fälle des Verlustes der elterlichen Gewalt. Diss. Leipzig, 1901.
**Lattermann:** Die Regelung des persönlichen Verkehrs der Eltern mit den Kindern (§ 1636) in ihrer heutigen Geltung. Diss. Greifswald, 1917.
**Lebius:** Unterhaltsverträge zwischen Ehegatten. Diss. Greifswald, 1920 (MaschSchrift).
**Lehmann** H.: Die Kriegsbeschlagnahme. Jena, 1916.
**Lehmann R.:** Kinder aus geschiedenen Ehen. Diss. Heidelberg, 1909.
**Leonhard** F.: Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin, 1923.
**Leonhard R.:** Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1900.
**Levy:** Die Stellung der Frau im Recht. Zschrft. f. pop. Rechtskunde.
**Lindemann-Soergel:** Bürgerliches Gesetzbuch, 1913.
**Lizius:** Kinder aus geschiedenen Ehen. Diss. Würzburg, 1908.
**Lohmann:** Das Recht der geschiedenen Gatten. Gruch. 61 (1917), 22 ff.
**Ludewig:** Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. Marburg, 1922.
**Manigk:** Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau, 1901.
**Manigk:** manus in: Paulys Real-Encyklopädie der classischen Altertumswissenschaft. Stuttgart, 1927.

**Manigk:** Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin, 1907.
**Mayer:** Bayrisches Gesinderecht. BlfRA. 65 (1900), 201 ff.
**Mayr:** Aufsichtspflicht der Eltern nach dem BGB. BlfRA. 71 (1906), 109 ff.
Diss. Leipzig, 1907.
**Mommsen:** Römische Geschichte. I. Berlin, 1881.
**Mosse:** Der Erziehungsanspruch des Kindes. Diss., Heidelberg, 1921 (MaschSchrift).
**Munk:** Die elterliche Gewalt und ihre Reform. JW. 1925, 309.
**Nord:** Oeffentlicher Beschlag und privates Recht. DJZ. 1917, 716 ff.
**Opet:** Verwandschaftsrecht. Berlin, 1899.
**Opet-Blume:** Das Verwandtschaftsrecht des BGB. Berlin, 1906.
**Oppenheim:** Vereinbarungen über Folgen der Ehescheidung. JW. 1918, 727.
**Petersen:** Recht des Kindes auf Verkehr mit der Mutter. Schrift. f. Allgem. FürsErzTages, 1912.
**Pfaff:** Soll anstelle der väterlichen Gewalt eine der Mutter subsidiär zustehende elterliche Gewalt im BGB. aufgenommen werden? und mit welchen Modalitäten? — Verhdlg. d. 19. Dtsch. JurTages, 1888, II. Band.
**Pfäfflin:** Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen auf Grund der §§ 112, 113 BGB. Gruch. 48 (1904), 1 ff.
**Planck:** Begründung des Entwurfs. Berlin, 1880.
**Planck:** Die rechtliche Stellung der Frau. Göttingen, 1899.
**Polligkeit:** Das Recht des Kindes auf Erziehung. Diss. Gießen, 1908.
**Proetsch:** Die elterliche Gewalt der Mutter. Diss. Jena, 1909.
**Radbruch:** Grundzüge der Rechtsphilosophie. Leipzig, 1914.
**Reichel:** Verzicht auf die elterliche Gewalt. Recht 1914, 355.
**Riedel:** Aufsichts- und Erziehungspflicht. DJZ. 1905, 693 ff.
**Riß:** Erziehungsrecht und Vertretungsmacht. JurRundschau, 1926, 119 ff.
**Roch:** Verträge über Ehescheidungsfolgen. Berlin, 1926.
**Rosenberg:** Verträge unter Ehegatten bei bevorstehender Scheidung. ZivArch. 127 (1927), 46 ff.

**Rosenthal:** Die rechtlichen Wirkungen der Ehescheidung. Diss. Marburg, 1913.
**Rothe:** Die elterliche Gewalt der Mutter. Diss. Erlangen, 1905.
**Runge:** Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht. Berlin, 1927.
**Salkowski:** Institutionen. Leipzig, 1907.
**Saniter:** Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Diss. Rostock, 1908.
**Sarwey:** Ueber das Recht der Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe. ZivArch. 31 (1884), 440 ff., 32 (1849), 1 ff.
**Schefold:** Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Minderjährigen und das elterliche Verwaltungsrecht. ZivArch. 94 (1904), 305 ff.
**Scherer:** Familienrecht. 1900.
**Schmidt:** Eigentumserwerb unter Kriegsrecht. Rektoratsrede. Tübingen, 1918.
**Schmitz:** Rechtswirksamkeit der zwischen Ehegatten über die Scheidung und deren Folgen getroffenen Vereinbarungen. Diss. Köln, 1924. MaschSchrift.
**Schröder:** Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. I. Band. Leipzig, 1919.
**Schubert:** Das elterliche Erziehungsrecht nach dem BGB. Diss. Rostock, 1903.
**Schultheis:** Der öffentlich-rechtliche Wirkungskreis des Vaters, Vormunds und Pflegers, insbes. im Disziplinarverfahren. OeffArch. 39 (1920), 27 ff.
**Schultze:** Der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. JherJahrb. 43 (1901), 1 ff.
**Sieveking:** Geht bei geschiedenen Ehen die Sorge für die Person der Kinder, wenn sie dem einen Ehegatten entzogen ist, auf den anderen Ehegatten, der seine elterliche Gewalt verwirkt hat, von selbst über? Recht, 1906, 107 ff.
**Siberschmidt:** Die Stellung des Vormundschaftsrechts im deutschen bürgerlichen Recht. LZ. 1925, 1196 ff.
**Sohm:** Institutionen. Leipzig, 1908.
**Sommerfeld:** Vereinbarungen der Ehegatten hinsichtlich der Ehescheidung. Diss. Breslau, 1922. MaschSchrift.
**Spahn:** Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem BGB. Berlin, 1901.

**Sperling:** Kinder aus getrennten Ehen. Diss. Würzburg, 1913.
**Staudinger:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin, 1926.
**Stein-Jonas:** Die Zivilprozeßordnung. Tübingen, 1925.
**Stobbe:** Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin, 1900.
**Stölzel:** Das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen. JMBl. 1873, 128 ff., 114 ff., 160 ff., 171 ff.
**Stölzle:** Die Sorge für die Person des Kindes nach dem BGB. Diss. Würzburg, 1912.
**Strupp, K.:** Schadensersatzpflicht bei Verletzung der aus dem persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern sich ergebenden Pflichten. BlfRA. 76 (1911), 223 ff.
**Strupp, M.:** Die rechtliche Stellung von Kindern aus geschiedenen Ehen. Diss. Leipzig, 1912.
**Sturm:** Die rechtliche Stellung der geschiedenen Ehegatten.
**Südmersen:** Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem BGB. Diss. Greifswald, 1917.
**Süßheim:** Die Altersstufen im BGB. Gruch. 45 (1901), 53 ff.
**Thalberg:** Die Adoption im heutigen deutschen Recht. 1907.
**v. Thur:** Der Allgemeine Teil, I. Band. 1910.
**Walsmann:** Verzicht, 1912.
**Weber:** Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Tübingen, 1907.
**Webern:** Vereinbarungen über die Wirkung der Ehescheidung. Diss. Breslau, 1923. MaschSchrift.
**Weißweiler:** Die Ausübung der elterlichen Gewalt. 1900.
**Wetzel:** Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. BürgArch. 26 (1905), 54 ff.
**Weyl:** Vorträge über das BGB.
**Windscheid:** Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt, 1900.
**Wolff, O. A.:** Das Recht der geschiedenen Mutter. Diss. Leipzig, 1913.
**v. Zimmermann:** Das Ruhen der elterlichen Gewalt. Diss. Rosteck, 1902.

# Einleitung.

Erziehungsverträge werden von Eltern untereinander und mit Dritten abgeschlossen. Es handelt sich dabei um Verträge, die nicht nur die Erziehung eines Kindes im eigentlichen Sinne treffen, sondern die zumeist auch die Personensorge überhaupt umfassen. Wenn trotzdem die hier zu behandelnden Verträge „Erziehungsverträge" genannt werden, so wird die Berechtigung dazu aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens und des Schrifttums hergeleitet; denn nach ihnen ist unter „Erziehung" so vielfach die gesamte Sorge für die Person des Kindes zu verstehen[1]), daß für Verträge dieser Art die Bezeichnung „Erziehungsverträge" verständlicher, aber auch passender und nicht zuletzt auch sprachlich schöner erscheint als die andere, trotzdem nicht seltene Benennung „Personensorge-Verträge".

Diese Abmachungen werden sehr häufig zum Gegenstand heftiger Streitigkeiten zwischen den Parteien, indem der Vater vielleicht die Zahlung der vereinbarten Unterhaltsrente verweigert oder sein Kind zurückfordert mit der Begründung, die ganze Vereinbarung sei nichtig, da sie einen Verzicht auf die ihm kraft Gesetzes zustehende elterliche Gewalt enthalte und man auf diese rechtsgültig nicht verzichten, ja, sie nicht einmal einem anderen übertragen könne.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Vorschriften über solche Verträge. Zu ihrer Beurteilung sind wir daher

[1]) Vgl. unten S. 11.

auf die Rechtssätze angewiesen, die sich aus dem Wesen der Personensorge und der ihr begrifflich übergeordneten elterlichen Gewalt herleiten lassen. Dieses ist zwar schon aus den einschlägigen Gesetzesvorschriften erkennbar; ein kurzer geschichtlicher Ueberblick über Herkunft und Entstehung dieser Bestimmungen erscheint aber im Interesse der Verdeutlichung und des Verständnisses für sie unerläßlich. Denn wie überall im Gesetz, haben wir es auch hier nicht mit willkürlichen Satzungen zu tun, sondern mit organischen Gebilden; und man kann wohl sagen, daß die Wurzeln gerade dieser Rechtsmaterie am tiefsten in die Vergangenheit des Rechts hinabreichen, liegen sie doch in einem Boden, der den Anfang der menschlichen Gesittung überhaupt bildet: In der Familie.

## Erster Hauptteil

# Die Personensorge

### Erster Abschnitt

## Geschichtlicher Ueberblick

### A. Die älteren Rechte.

In der Rechtsauffassung über die die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten findet sich bei Römern und Germanen auf ihrer ältesten Entwicklungsstufe eine starke Verwandtschaft: Bei beiden Völkern gibt es in diesem Zeitabschnitt nur die reine väterliche Gewalt; denn wie die manus der Römer so bedeutet die munt der Germanen ursprünglich „eine einheitliche unterschiedslose Herrschaft“[2]) des Gewalthabers über das ganze Haus[3]). Bei den Römern wird denn dieses Verhältnis auch geradezu als dominium bezeichnet[4]), das dem pater familias „ein beliebiges Verfahren mit dem Kinde gestattet“[5]), so daß dadurch die Rechtsfähigkeit des hausuntertänigen Kindes fast gänzlich aufgehoben zu sein scheint[6]) [7]).

Aber in der späteren Zeit werden diese strengen Rechte dahingehend gemildert[8]), daß der Vater sie fortan nur unter

[1]) Ueber die gleiche Grundbedeutung von manus und munt (= Hand = Gewalt) vgl. Hübner, 570.

[2]) Eck, 5. Vgl. zum folgenden auch Manigk, manus.

[3]) Heusler II, 431; Brunner I, 93; Mommsen, 58; Lehmann, 148 ff.; Köhne, 598; Pfaff, 202.

[4]) Heusler II, 95.

[5]) Opet, 175.

[6]) Salkowski, 162; vgl. auch Hübner, 639; Kraut II, 602; 603, 619, 620; Glück II, 239; l. 10 VIII 47; l. 2 C IV 43.

[7]) Ueber die sog. emancipatio vgl. Glück II, 393, 400, 403, 408 ff.; Sohm, 640 und für die emancipatio juris Germani seu Saxonica: Stobbe, 366; auch Kraut II, 647. ]

[8]) Salkowski, 163; Glück II, 247; Fehr, 283 ff.

gesetzlich bestimmten Voraussetzungen anwenden darf, jedoch bei Mißbrauch seiner Befugnisse die väterliche Gewalt überhaupt verliert[9]); denn der Gedanke an die Schutzbedürftigkeit des Kindes ist mehr und mehr in den Vordergrund gerückt und dadurch der Herrschaftsbegriff der väterlichen Gewalt wenigstens in seiner ursprünglichen Absolutheit eingeschränkt[10]).

Auch in der rechtlichen Stellung der Ehefrau als Mutter haben sich beide Rechte ursprünglich nur wenig unterschieden. Wie die Frau des Römers der manus ihres Gatten unterworfen war, so stand die Frau des deutschen Mannes unter dessen munt[11]). Wenn es deshalb in der Frühzeit der beiden Rechte eine mütterliche Gewalt über die Kinder nicht geben konnte[12]), so ist auf die Dauer das Recht an der Autorität, die die Natur der Mutter über ihre Kinder verliehen hat, doch nicht achtlos vorübergegangen. Zwar blieb die väterliche Gewalt in dieser Richtung auch fernerhin unangetastet[13]), aber nach deren Erlöschen bekam die Mutter ein Recht darauf, in erster Linie zum Vormund ihrer Kinder bestellt zu werden[14]). In einigen deutschen Partikularrechten[15]) erhielt sie nach dem Tode des Vaters sogar die volle Gewalt über die Kinder[16]) und übte sie als Rechtsnachfolgerin des Vaters, nicht bloß kraft der Vormundschaft aus[17]). Wenn man deshalb auch nicht sagen kann, daß die allgemeine Rechtsentwicklung auf eine wirkliche elterliche Gewalt „hindrängte“[18]), so sind doch schon beachtliche Ansätze in dieser Hinsicht vorhanden.

---

[9]) l. 2 C VIII 52; l. 6 C XI, 40; l. 3 § 5 DXLIII 30.

[10]) a. A. Heusler I, 112; Stobbe, 366; Hübner, 640.

[11]) Glück II, 126; 236; Hübner, 639, 645; vgl. auch oben S. 3.

[12]) Glück II, 126.

[13]) Hübner, 646.

[14]) Burchardi, 168; Nov. 118 c. 5.

[15]) Sächs. Weichbild c. 92; Schwabenspiegel c. 26, 52, 54, 55; Magdeburger Recht von 1364 Art. 133, 134; Fränk Landrecht ord. III 118 §§ 1, 2; Mühlhaus. Statuten von 1692, die geradezu von einer „mütterlichen“ Gewalt sprechen.

[16]) Heusler II, 451 ff.; Fehr, 173; Stobbe IV, 368.

[17]) Kraut II, 671 ff.; Stobbe IV, 367.

[18]) wie es Hübner, 646, tut.

## B. Die jüngeren Rechte.

Welches der beiden Rechte bei der Auseinandersetzung im gemeinen Recht die Oberhand behalten hat, ist bestritten. Man wird aber sagen können, daß wenigstens hinsichtlich der Personensorge „die allgemeinen Prinzipien der deutschen Rechtsanschauung stehengeblieben" sind[1]) und daß demgemäß „die Annahme des Erziehungsrechts beider Eltern" als h. L. des gemeinen Rechts angesehen werden kann[2]). Dabei war freilich trotzdem dem Vater die Entscheidung über die Art der Erziehung kraft seiner väterlichen Gewalt vorbehalten.[3]).

Es ist auffallend, daß die großen Gesetzbücher des 18. und 19. Jahrhunderts trotz der in ihnen herrschenden naturrechtlichen Anschauungen von der privatrechtlichen Gleichstellung der Geschlechter der Mutter eine entsprechende Stellung nicht eingeräumt haben[4]). Denn nach ihnen steht zwar die Personensorge beiden Eltern gemeinsam zu, die Gewalt hat aber noch immer der Vater allein[5]). Nur der Code Napoléon hat die angebahnte Richtung bis zum Ende verfolgt und die Gewalt beiden Eltern gegeben[6]), deren Ausübung jedoch dem Vater allein (seul) übertragen[7]).

[1]) Stobbe, 372; Gierke I, 17; Gengler, 591.

[2]) Glück II, 257; Sarwey I, 450; Burchardi, 164; a. A. Bartsch, 22, zit. nach Eck, 26.

[3]) SeuffArch. 12 Nr. 169 (Cassel 18. 6. 57.); Sintenis, 121; Stölzel, 153.

[4]) Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, 1794; der Code Napoléon, 1807; Das Allgemeine Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie, 1811; das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1865. — Nicht berücksichtigt sind das Bayerische Landrecht (1756) und das Badische Landrecht (1809).

[5]) ALR. §§ 64, 65, 66, 74 II 2; ABGB. §§ 139, 141, 144; SächsBGB. § 1802 S. 2.

[6]) Das ergibt sich z. B. aus Art. 372, in dem es heißt: „Il (l' enfant) reste sous leur autorité".

[7]) Art. 373; vgl. Kipp.

## Zweiter Abschnitt

# Die Personensorge im geltenden Recht

### Erster Titel

## Inhalt der Personensorge

Im BGB ist die so gekennzeichnete Rechtsentwicklung zu einem wenigstens vorläufigen Abschluß gekommen und die „elterliche Gewalt" zum Grundsatz erhoben. Diese umfaßt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, sowie das Recht der Nutznießung an diesem Vermögen und die gesetzliche Vertretung[1]).

### A. Abgrenzungen.

Das Gesetz unterscheidet also zwei Hauptgruppen, die nach dem Wortlaut der Vorschrift auseinanderzufallen scheinen: Die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen. Die Grenzziehung zwischen diesen beiden Gebieten ist schwierig, da letzten Endes ja jede Vermögenssorge auch eine Sorge für die Person des Kindes ist[2]). Daher kann die Unterscheidung, die das Gesetz doch macht, nur dahin zu verstehen sein, daß eine Fürsorgehandlung nur dann als Personensorge anzusehen ist, wenn sie die vermögensrechtliche Stellung des Kindes garnicht oder nur mittelbar berührt[3]). Betrifft sie aber beide Sorgegebiete mit gleicher Stärke und Unmittelbarkeit, so gehört sie eben beiden gleichmäßig an[4]). Das ergibt sich auch aus dem Gesetz, das für einen solchen Fall die Entscheidung dem Vormundschaftsgericht anheimgibt[5]).

---

[1]) §§ 1627, 1649, 1630.
[2]) O-Blume § 1627 Anm. 3 a; Eck, 38.
[3]) Gehring, 25.
[4]) Eck, 39.
[5]) § 1629 in analoger Anwendung nach Mot. IV, 1059.

Wenn aber unter Ausscheidung dieser Grenzfälle die Vermögensverwaltung in den vom Gesetz gewollten Gegensatz zur Personensorge gestellt wird, so ergibt sich auch für die Personensorge wieder eine Zweiteilung: Die Personensorge in rechtlicher (§ 1630)[6]) und die Personensorge in tatsächlicher Hinsicht. Aber auch diese Gliederung ist nicht ganz klar, da zwar mit der rechtlichen Personensorge die Vertretung des Kindes immer verbunden ist, diese aber auch bei Akten der eigentlichen Personensorge erforderlich sein kann, weil das Kind eben auch wegen solcher Angelegenheiten in den Rechtsverkehr treten kann und muß[7]). Deshalb wird man die einzelnen Fürsorgehandlungen nicht willkürlich in die eine oder andere Gruppe verweisen dürfen[8]), sondern im einzelnen Falle immer prüfen müssen, ob die Fürsorgehandlung im Interesse ihrer rechtlichen Wirksamkeit nur vom gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden kann. Wäre sie auch ohnedies rechtsgültig gewesen, so ist sie ein „Bestandteil" der tatsächlichen Personensorge.[9]).

## B. Inhalt im einzelnen.

Die tatsächliche Personensorge umfaßt nach § 1631 das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Aus dieser Fassung des Gesetzes ergibt sich, daß die Erziehung nur ein Unterbegriff der Personensorge ist. Gleichwohl wird man aber sagen dürfen, daß sie den wesentlichen Inhalt der Personensorge ausmacht.

Der Inhalt dieser Erziehung ist im Gesetz selbst nicht bestimmt, und man hat gesagt, daß er sich aus ihrem „Begriffe" und der „Natur der Sache von selbst ergibt"[1]). Wenn auch die Schwierigkeit gerade darin liegt, den „Begriff" der Erziehung und die „Natur der Sache" zu erfassen, so ist

[6]) Opet, 191, nennt diese „personenrechtliche Vertretung".

[7]) § 1633; vgl. auch Breit, 889.

[8]) Wie es getan wird, vgl. Mot. IV, 750; Planck § 1627 Anm. 2; Crome, 497.

[9]) Breit, 889, 890.

[1]) Mot. IV, 750.

doch hier wie bei der eigentlichen Personensorge überhaupt die Vielgestaltigkeit der „rechtlich-moralischen Beziehungen“[2]) zwischen den Beteiligten so groß, daß eine erschöpfende Darstellung dieser Dinge juristisch unmöglich erscheint.[3]).

Im ganzen wird man bei der Erziehung zwei Hauptgebiete unterscheiden können: Die Sorge für das geistige Wohl[4]) und die Sorge für das leibliche Wohl[5]) des Kindes. Neben diesen Pflichten erscheinen die anderen Aufführungen des Gesetzes nur als „Hilfsrechte“[6]), die die schon oben erwähnte Beaufsichtigung des Kindes[7]), seine Aufenthaltsbestimmung[8]), das Züchtigungsrecht[9]) und den Herausgabeanspruch[10]) umfassen.

Da das Kind für die Dauer seiner Minderjährigkeit unter elterlicher Gewalt steht, während dieser Zeit also einerseits ganz (§ 104 Ziff. 1) oder teilweise (§ 106) die Fähigkeit entbehrt, durch eigenes Tun wirksame Rechtsgeschäfte abzuschließen, andrerseits aber rechtsfähig, d. h. Träger von Rechten und Pflichten, ist (§ 1), war es erforderlich, ihm einen Vertreter zu geben, der von Gesetzes we-

---

[2]) Opet, 194.

[3]) Eck, 39, 40; Stölzle, 23.

[4]) vgl. dazu Fuld, 432; Opet, 198; RGR-Komm. § 1631; JugWohlfGes. §§ 1, 2; Gehring, 28; Planck § 1631; Gimmerthal, 393; Knitschky, 150.

[5]) Heusler I, 101 ff.; Staud. § 1666 I B 2; RGR-Komm. § 1666 Anm. 2; Opet, 197; Stölzle, 24; vgl. auch Art. 120, 122 I RV; ferner Reichsimpfgesetz vom 8. 4. 1874 §§ 12, 14; Reichsges. betr. Kinderarbeit in gewerbl. Betrieben vom 30. 3. 1903 und GewO., z. B. §§ 135, 136, 137 a, 139.

[6]) Opet, 194.

[7]) § 1631; vgl. dazu Mot. IV, 753; O. Mayr, 109, 111; Kipp-Wolff, 300; Riedel, 693; Strupp, 230, 231, 232, 233 Anm. 37; auch §§ 828, 829, 840 II.

[8]) Mot. IV, 751; Opet, 212 Anm. 107, 213 Anm. 108; Crome, 499 Anm. 25; Eck, 42; Stölzle, 42, 43; Spahn, 98; Gehring, 29.

[9]) § 1631 II; vgl. dazu Mot. IV, 751; Knitschky, 151 Anm. 1.

[10]) § 1632; vgl. dazu Mot. IV, 753; Stölzle, 54; Kohler, 421; Friedmann-Braun, 1126; SeuffArch. 50, 251 (Hamburg 12. 8. 03); JW. 33, 557 (RG. 3. 10. 94).

gen die notwendigen Rechtshandlungen des Kindes vornehmen oder wenigstens genehmigen kann[11]).

Den natürlichen Verhältnissen entsprechend hat das BGB dazu den Vater bestellt. Außerdem aber wird durch diese Regelung der praktische Vorteil erreicht, daß der Vertreter bei allen Maßnahmen von vornherein durch die ihm gleichzeitig als elterlichem Gewalthaber obliegende Verantwortlichkeit gebunden ist und so nur zum Besten des Kindes handeln, andernfalls durch das Vormundschaftsgericht dazu angehalten werden kann[12]).

Neben diesem eigentlichen Inhalt der elterlichen Gewalt führt das Gesetz noch zwei Rechte auf: Das Verkehrsrecht des § 1636 und das Recht der Nutznießung des § 1649.

Ob das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde überhaupt noch zu den Erziehungsrechten und damit zur elterlichen Gewalt gehört oder ob es nicht vielmehr nur eine bloße verwandtschaftliche Befugnis ist, ist bestritten. Die Entscheidung darüber hängt davon ab, ob dieses Verkehrsrecht bei Wegfall der elterlichen Gewalt, insbesondere bei deren Entziehung und bei der Annahme an Kindesstatt durch einen Dritten[13]), weiter besteht und ob es durch das Vormundschaftsgericht unter den Voraussetzungen des § 1666 entzogen werden kann[14]).

Die h. L. verweist das Verkehrsrecht mit Rücksicht auf die systematische Stellung des § 1636[15]) in richtiger Auffassung in das Gebiet der elterlichen Gewalt[16]).

[11]) Staud. § 1630 Anm. 1.

[12]) Staud. § 1630 Anm. 1.

[13]) RG. 64, 51 (12. 7. 06.).

[14]) Gehring, 23.

[15]) Stölzle, 44; Gehring, 24; es steht nicht unter den verwandtschaftlichen Befugnissen der §§ 1616 bis 1625.

[16]) Kipp-Wolff, 367; Staud. § 1636 Anm. 1; O-Blume § 1636 Anm. 1; Opet, 329; Crome, 538 Anm. 106; Endemann, 584; RGR-Komm. § 1636 Anm. 1; Prot. IV, 449; KGJ. 41. 13 (6. 10. 11.); RG. 64, 50, 51; — a. A. Hagemann, 406; KGJ. 44, 14 (31. 1. 13); OLG. 31, 406 (KG. 18. 12. 14.); KGJ. 48, 7 (16. 4. 15.); Strauss, 39. Ueber den Inhalt dieses Rechts im einzelnen vgl. Staud. § 1636 Anm. 2a; Planck § 1636 Anm. 1; O-Blume § 1636 Anm. 1 Abs. II; RGR-Komm. § 1636 Anm. 1; Endemann 585, 4; Knitschky, 159; Joseph, 171; Stölzle, 45; KGJ. 34, 24 (3. 1. 07.).

Nach § 1649 steht dem Vater „kraft der elterlichen Gewalt" auch die Nutznießung am Kindesvermögen zu. Trotz dieser klaren Vorschrift ist es bestritten, ob die Nutznießung überhaupt ein Bestandteil der elterlichen Gewalt ist.

Die Vertreter der Ansicht, daß die elterliche Gewalt der staatlichen Vormundschaft wesensgleich sei, sehen in dem Nutznießungsrecht des Vaters nur „einen Nachklang der älteren Auffassung der elterlichen Gewalt"[17]), ein „Zubehör", das lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen mit der elterlichen Gewalt verbunden sei[18]).

Wenn man aber entsprechend der hier vertretenen Auffassung vom Wesen der elterlichen Gewalt[19]) die Nutznießung als einen ihrer Bestandteile betrachtet, so ist damit doch nicht gesagt, daß sie mit den andern Bestandteilen gleichartig sei. Das ist sie auch nicht; schon die Motive bezeichnen sie als einen „unwesentlichen"[20]), „akzessorischen"[21]) und „mehr akzidentalen"[22]) Bestandteil. Damit ist aber nicht viel anzufangen. Planck sieht die Besonderheit darin, daß der Vater hier kraft eigenen Rechts, nicht als Vertreter des Kindes und ohne rechtliche Verantwortlichkeit ihm gegenüber handle, so daß auf diese Weise die natürliche Abhängigkeit des Kindes auch in vermögensrechtlicher Hinsicht zum Ausdruck komme[23]). Nun handelt aber der Vater bei Ausübung seines Nutznießungsrechts garnicht ohne Verantwortlichkeit gegenüber dem Kinde; denn die in § 1664 bestimmte Haftung bezieht sich auch auf die Ausübung der Nutznießung[24]), und nach § 1676 unterliegt der Vater auch in dieser Hinsicht dem Eingreifen des Vormundschaftsgerichts.

---

[17] [18]) v. Blume, zit. bei Gehring, 47.

[19]) Vgl. unten S. 64 ff.

[20]) Mot. IV, 796.

[21]) Mot. IV, 1826.

[22]) Mot. IV, 726.

[23]) Planck Begr., 473.

[24]) Gehring, 47.

Der Unterschied liegt vielmehr in der „machtrechtlichen Natur" der Nutznießung[25]). Obwohl sie ein Bestandteil der elterlichen Gewalt ist, dient sie doch vor allem den eigennützigen Interessen des Vaters, der bei ihrer Ausübung zwar eine Schädigung und Verletzung der Kindesinteressen zu vermeiden hat (§ 1667), nicht aber auf deren Wahrnehmung ausdrücklich bedacht sein muß[26]).

[25]) Gehring, 48.

[26]) Vgl. auch unten S.

Zweiter Titel

# Die Träger der Personensorge

## A. Wenn der Vater ausgeschieden ist.

In der Frage der Verteilung der elterlichen Gewalt zwischen Vater und Mutter ist unstreitig[1]), daß die Mutter die elterliche Gewalt in den Fällen des § 1684[2]) in eigener Zuständigkeit ausübt und daß sie insoweit dem Vater völlig gleichgestellt ist[3]).

An dieser Stellung wird ihrer rechtlichen Grundlage nach auch dadurch nichts geändert, daß der Mutter ein Beistand beigeordnet und sie dadurch in der freien Ausübung ihrer elterlichen Gewalt tatsächlichen Beschränkungen unterworfen werden kann; denn damit soll lediglich rein praktischen Schwierigkeiten, die sich für eine Frau als Gewalthaberin vielleicht doch ergeben können, begegnet werden[4]).

## B. Neben dem Vater.

Neben dem Vater hat während der Ehe die Mutter nach § 1634 das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, ohne jedoch zu seiner Vertretung berechtigt zu sein. Ob die Mutter diese Stellung „kraft elterlicher Gewalt" einnimmt und wie sich gegebenenfalls die beiden Rechte zueinander verhalten, ist eine sehr strittige Frage.

Die Gegner, die der Mutter eine elterliche Gewalt neben dem Vater überhaupt absprechen, führen zur Begründung ihrer Ansicht an erster Stelle § 1634 selbst ins

[1]) O-Blume, Vorbem. 2 vor § 1684.

[2]) „1. wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist; 2. wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist;".

[3]) Mot. IV, 736 ff.; Altsmann, 326.

[4]) Mot. IV, 797 ff.; Planck Begr., 1417; Planck, Die rechtl. Stellung, 28.

Feld. Diese Bestimmung steht nämlich in dem Abschnitt „Elterliche Gewalt des Vaters“ und vermeidet für das Recht der Mutter den Ausdruck „kraft der elterlichen Gewalt“, wie ihn § 1627 aufweist; sie überträgt der Mutter vielmehr nur das Recht und die Pflicht, „für die Person des Kindes zu sorgen“, und diese Stellung bringt, wie § 1707 zu beweisen scheint, nicht ohne weiteres auch den Besitz der elterlichen Gewalt mit sich[5]); denn dort ist ja ausdrücklich bestimmt, daß die Mutter zwar die Personensorge, nicht aber die elterliche Gewalt hat.

Indessen ist hier zu beachten, daß die Vorschrift des § 1707 für die uneheliche Mutter gegeben ist, die der ehelichen in vielen Beziehungen nicht gleichsteht[6]). Wenn also die uneheliche Mutter zwar die Personensorge, nicht aber die elterliche Gewalt hat, so muß das nicht ohne weiteres auch für die eheliche Mutter gelten.

Das erweckt allerdings den Anschein, als ob Personensorge und elterliche Gewalt etwas ganz Verschiedenes seien und man die Personensorge haben könne, ohne doch die elterliche Gewalt zu besitzen. Eine solche Auslegung würde aber in geradem Widerspruch zu § 1627 stehen, wo ja ausdrücklich der Inhalt der elterlichen Gewalt als Personensorge bezeichnet ist. Die nähere Betrachtung des § 1707 ergibt denn auch, daß hier der Mutter die elterliche Gewalt nur als Vollgewalt entzogen sein soll. Da aber die Personensorge doch auch ein „Bestandteil“ der elterlichen Gewalt ist[7]), so müssen auf sie deren allgemeine Bestimmungen Anwendung finden[8]).

Ferner haben die Gegner noch die §§ 1684, 1685 herangezogen und die Behauptung aufgestellt: Wenn das Gesetz in § 1684 davon spreche, daß der Mutter die elterliche Gewalt „zusteht“, so könne das „nur im ausschließlichen Sinne aufgefaßt werden, derart, daß der Mutter die elter-

[5]) Südmersen, 17.

[6]) Mot. IV, 860, 851.

[7]) Staud. § 1707 Anm. 2e; Opet, 180; Mot. IV, 841, 855, 862; vgl. auch oben S. 8 ff.

[8]) Z. B. §§ 1617, 1632, 1648, 1664, 1665 ff., 1676.

liche Gewalt eben nur in den dort aufgeführten Fällen zustehen soll"[9]).

Diese Ansicht geht jedoch fehl. Wenn nämlich § 1864 von „Zustehen" der elterlichen Gewalt spricht, so ist damit nicht deren Bestand an sich gemeint, sondern es soll nur zum Ausdruck gebracht werden, daß in den in § 1684 aufgezählten Fällen der Mutter die elterliche Gewalt im vollen Umfange zusteht, weil dann nämlich die elterliche Gewalt des Vaters untergegangen ist[10]). Dem Bestande nach war sie aber auch vorher schon vorhanden.

Dem widerspricht auch nicht der Wortlaut des § 1684 II, nach dem die elterliche Gewalt der Mutter mit der Todeserklärung des Vaters „beginnt". Auch hier soll mit dem Ausdruck „Beginn" nur die endgültige Selbständigkeit der Mutter bezüglich ihrer elterlichen Gewalt betont, nicht aber gesagt werden, daß ein neues, vorher nicht dagewesenes Recht entstehe[11]).

In § 1685 werden diejenigen Fälle behandelt, in denen der Vater zwar noch Inhaber der elterlichen Gewalt, an ihrer Ausübung aber verhindert ist. Hier ist von einer „Vizegewalt"[12]) oder „Regentschaft"[13]) der Mutter gesprochen, die Mutter auch „Verweserin" der elterlichen Gewalt genannt[14]), oder es ist gar der Satz aufgestellt worden, daß unter den Voraussetzungen des § 1685 „die elterliche Gewalt des Vaters von der Mutter ausgeübt" werde[15]).

Diese Wendungen sind nicht nur irreführend, sondern auch geradezu falsch, weil in ihnen die Meinung zum Ausdruck zu kommen scheint, daß die Mutter hier ein an sich ihr nicht zustehendes Recht nur ausüben dürfe[16]). Das Ge-

---

[9]) O-Blume, Vorbem. 2 vor § 1684; vgl. auch BGB. §§ 1679 I, 1680.

[10]) Gehring, 20.

[11]) Gehring, 20.

[12]) Neumann, Vorbem. II 2 vor § 1684.

[13]) Cosack II 2, 1631.

[14]) Planck, Vorbem. I 2 vor § 1684.

[15]) v. Tuhr, 78 Anm. 1.

[16]) Rothe, 9.

setz gebraucht zwar selbst den Ausdruck „Ausüben", will aber nur den Gegensatz zu § 1634 hervorheben. Dort ist ja die Mutter durch das Entscheidungsrecht des Vaters in der freien Ausübung nach eigenem Gutdünken gehindert. Unter den Voraussetzungen des § 1685 Abs. I sind jedoch ihrer Betätigung keine Grenzen mehr gesetzt, aber was sie hier betätigt, ist ebenso ihr eigenes Recht wie im § 1634[17]: denn das Gesetz sagt nicht, daß in diesem Falle die elterliche Gewalt auf die Mutter „übergeht" — wovon der Entwurf noch sprach[18]), — weil eben ein Recht, das man bereits hat, nicht mehr auf einen übergehen kann.

Dem scheint zwar der Abs. 2 von § 1685 zu widersprechen, weil dort die Rede davon ist, daß das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die „Ausübung" zu „übertragen" hat. Aber hier handelt es sich eben nur um die Uebertragung der „Ausübung", also nicht der elterlichen Gewalt ihrem Bestande nach; und dann soll die Mutter ja nicht ein väterliches Recht erhalten, sondern nur zur Ausübung kraft eigenen Rechtes ermächtigt werden[19]). Vor allem aber soll das Vormundschaftsgericht die Voraussetzungen prüfen, unter denen die Mutter die volle elterliche Gewalt einschließlich der Nutznießung am Kindesvermögen erlangen kann[20]).

Abgesehen davon, daß für die hier vertretene Meinung schon die vom Gesetz gebrauchte Bezeichnung „elterliche Gewalt" spricht[21]), scheint sie auch eine Stütze in § 1635 zu finden. Gemäß § 1635 steht „unter geschiedenen Ehegatten die Personensorge dem für unschuldig erklärten" Ehegatten zu. Das kann sowohl der Vater als auch die Mutter sein. Der Vater würde diese Personensorge „kraft elterlicher Gewalt" haben[22]). Da ferner der Vater, von der Personensorge abgesehen, nach § 1635 II Inhaber der elterlichen

---

[17]) O-Blume, § 1685; Stud. § 1685 Anm. 2; Planck Begr., 5492; Cosack, 631; Südmersen, 17.

[18]) Prot. IV, 547, 555.

[19]) [20]) Gehring, 20.

[21]) Mot. IV, 736.

[22]) Gehring, 20.

Gewalt bleibt, so würden auch bei geschiedener Ehe beide Eltern die elterliche Gewalt innehaben können[23]).

Daß diese Beweisführung, so formalistisch sie auch ist, nicht zu einem falschen Ergebnis kommt, zeigt auch der Gesamtinhalt der gesetzlichen Bestimmungen über die elterliche Gewalt. Dabei ist zu beachten, daß der Begriff der elterlichen Gewalt kein einheitlicher und festumgrenzter ist[24]), daß es vielmehr — wie bereits angedeutet[25]) — eine elterliche Gewalt gleichsam im vollen Umfange und eine in gleichsam beschränktem Umfange gibt[26]).

Wenn nämlich dem Vater nach § 1666 einige elterliche Gewaltrechte entzogen werden, so bleibt er trotzdem noch Inhaber der elterlichen Gewalt und übt die ihm verbliebenen Rechte „kraft elterlicher Gewalt" aus. Diese Zweideutigkeit[27]) findet sich außerdem in noch vielen andern Vorschriften des BGB. So meinen die §§ 1626, 1627, 1684, 1679 und 1707 die elterliche Gewalt als Vollgewalt und die §§ 1664, 1665, 1685, 1686 als Teilgewalt[28]).

Nunmehr bleibt noch zu untersuchen, wie diese beiden Rechte sich zueinander verhalten. Die h. L. bezeichnet die elterliche Gewalt als gemeinschaftliches Recht beider Eltern, das sich als eine „Mitinhaberschaft" oder als „ein auf das Familienrecht übertragenes Miteigentumsrecht" darstelle[29]).

---

[23]) O-Blume, Vorbem. 2 Abs. 4 vor § 1626.

[24]) a. A. Blume, 519; Südmersen, 15.

[25]) Vgl. oben S. 19, 22.

[26]) Opet, 207 Anm. 96; Planck, Vorbem. 8 Abs. 4 vor § 1626; Spahn, 119; Neumann § 1679 Anm. II; OLG. 6, 170 (KG. 22. 12. 02); OLG. 7, 418 (KG. 22. 6. 03) a. A. Staud. § 1666 Anm. III B 5.

[27]) die schon der Begründung zum Vorentwurf anhaftete. Dort wird nämlich einmal gesagt, die elterliche Gewalt sei „begrifflich eine solidarische Stellung der Eltern den Kindern gegenüber" und stehe an sich „während Bestehen der Ehe beiden Eltern zu"; dann aber wird doch wieder der Vater „auch formell als alleiniger Inhaber der elterlichen Gewalt" bezeichnet. — So zit. bei Gehring, 19, ohne nähere Stellenangabe.

[28]) Vgl. dazu oben S

[29]) Mot. IV, 754; Südmersen, 19; O-Blume, Vorbem. 2 Abs. 5 vor § 1626.

Nach dieser Auffassung würden die Rechte und Pflichten des einen Elternteils durch die des andern eingeschränkt[30]), so daß also der Wegfall der elterlichen Gewalt auf der einen Seite einen Wegfall der Beschränkung auf der andern Seite bedeutete und daß demzufolge der eine Elternteil „in jede entstehende Lücke“[31]) im Rechte des andern Elternteils von selbst einträte.

Daher muß man annehmen, daß zwei Rechte vorliegen, die in Quelle und Bestand selbständig und auch im Hinblick auf ihren Inhaber individuell verschieden sind. Freilich wird bei der Gemeinschaftlichkeit des Objekts auch eine gewisse Gemeinsamkeit in der Ausübung notwendig sein; eine reine Gemeinschaftlichkeit kann sie aber trotzdem nicht sein, weil ja der Vater nach § 1634 S. 2 immer das Recht hat, seine Meinung durchzusetzen.

Schon daraus geht hervor, daß die beiden elterlichen Gewaltrechte auch nicht koordiniert sein können. Wenn auch der § 1634 bestimmt, daß die Mutter die Personensorge „neben“ dem Vater hat, so soll dadurch doch nur die zeitliche, nicht aber die sachliche Gleichheit der beiden Rechte ausgedrückt werden.

So ist also die elterliche Gewalt der Mutter bei Bestehen der Ehe allerdings beschränkter als die des Vaters; denn bei Meinungsverschiedenheiten ist sie überhaupt wirkungslos und ihrem Umfange nach umfaßt sie lediglich die Personensorge. Deshalb ist sie aber vorhanden und wird — in dem hier dargestellten Sinne — nicht mit Unrecht auch als „Nebengewalt“[32]) bezeichnet.

---

[30]) Mot. IV, 739.
[31]) Mot. IV, 739.
[32]) Zit. bei Gehring, 22.

## Zweiter Hauptteil

# Die Verträge

### Erster Abschnitt

## Der Inhalt der Verträge

Verträge über die so gestaltete Personensorge können den verschiedensten Inhalt haben. Sie werden abgeschlossen zwischen Ehegatten untereinander oder zwischen Eltern und Dritten.

Verträge zwischen Eltern untereinander kommen meistens dann zustande, wenn sich die Ehegatten getrennt haben oder wenn sie wirklich geschieden sind. Im Falle der bloßen Trennung ist eine Vereinbarung über den Verbleib der Kinder notwendig, damit überhaupt der Kreis der Rechte und Pflichten der Parteien begrenzt und umschrieben ist; denn das Gesetz gibt Vorschriften für diesen Fall nicht. Bei der Scheidung aber dienen Vereinbarungen meistens dem Zweck, die schematische, weil allein von der Schuldfrage abhängige Regelung des § 1635 auszuschalten; denn gerade diese ist es oft, die Eltern vor einer Scheidung zurückschrekken läßt, weil die für schuldig erklärte Frau, die allein um der zwischen den Eltern als Ehegatten entscheidenden Schuldfrage von der Erziehung der Kinder ausgeschlossen wird, trotzdem eine vorzügliche Mutter sein kann und eben deshalb beide Eltern den Wunsch haben können, gerade ihr die Erziehung der Kinder zu überlassen.

In diesen Fällen soll also die Mutter die gesamte Erziehung der Kinder allein in die Hand nehmen. Vereinbarungen dieser Art enthalten vielfach noch eine Reihe Nebenabreden über den Unterhalt der Frau und der Kinder, über das Besuchsrecht des anderen Elternteils oder über die Art der Erziehung, und oft wird dem Ehegatten für seinen Verzicht auf die Kinder eine Entschädigung zugebilligt und dgl. mehr.

Nicht minder zahlreich sind Verträge mit Dritten. Wenn der Sohn in eine Lehre kommt; wenn die alleinstehende

Mutter oder der verwitwete Vater ihr Kind in einer Familie unterbringen wollen, weil es dort besser aufgehoben ist, oder um sich der Sorge für das Kind zu entledigen; wenn die Eltern des verstorbenen Ehegatten ihr Enkelkind zu sich nehmen wollen, um es dem Ueberlebenden zu entziehen, — immer handelt es sich bei den dabei abgeschlossenen Verträgen um Erziehungsverträge der hier zu erörternden Art.

Freilich bestehen nicht immer, wenn Dritte auf Grund einer Verabredung mit dem Vater Erziehungsmaßregeln an einem Kinde vornehmen, Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten; denn eine rechtsgeschäftliche Bindung tritt ja doch nur dann ein, wenn eine Willenserklärung vorhanden ist, die „von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkungen anerkannt ist“[1]). Daß eine solche nicht vorliegt, wenn der Dritte nur im Verfolg allgemeiner Anstandsregeln, gesellschaftlicher Verpflichtungen und aus andern lediglich moralischen Gründen sich um das Kind kümmert, bedarf keiner näheren Erläuterung[2]). Nur wenn Willenserklärungen der oben gekennzeichneten Art abgegeben sind, ist ein regelrechter Vertrag zustandegekommen.

---

[1]) Enneccerus I, 359.
[2]) vgl. unten S.

## Zweiter Abschnitt
# Die Gültigkeit der Verträge

### Erster Titel
# Grundsatz der Unveräußerlichkeit des Personensorgerechts

### A. Inhalt des Grundsatzes.

Ueber die Gültigkeit solcher Verträge herrscht Streit. Wie bereits erwähnt[1]), enthält das Gesetz keine Vorschrift für ihre rechtliche Beurteilung. Grundsätzlich wird man aber mit der h. L. das Personensorgerecht als unveräußerlich zu bezeichnen haben.

### B. Seine Begründung.

Die Begründung dieser Norm ist von den verschiedensten Seiten her versucht worden. Zunächst scheint ihre Geltung durch eine ganze Reihe positiver Vorschriften überhaupt in Frage gestellt. Es handelt sich dabei um die Bestimmungen über

1. die Volljährigkeitserklärung, § 4;
2. die Ehelichkeitserklärung, §§ 1723, 1726;
3. die Annahme Minderjähriger an Kindesstatt, §§ 1741, 1747;
4. die Ermächtigung in den Fällen der §§ 112, 113;
5. die Eheschließung Minderjähriger, § 1305;
6. die Verzichtleistung auf die Nutznießung, §§ 1662, 1767.

Diese sechs Fälle lassen sich nach ihrer Wirkung auf den Minderjährigen in drei Hauptgruppen zusammenfassen:

1. Die Volljährigkeitserklärung, die Ehelichkeitserklärung und die Annahme an Kindesstatt verändern den Personenstand des Minderjährigen vollkommen.

[1]) Vgl. oben S. 1.

2. Durch die Ermächtigung in den Fällen der §§ 112, 113 und durch die Eheschließung erfolgt die Personenstandsänderung des Minderjährigen in beschränktem Umfange.

3. Durch die Verzichtleistung des Vaters auf die Nutznießung am Kindesvermögen tritt im Personenstand des Minderjährigen gar keine Veränderung ein.

In allen diesen Fällen erleidet aber die elterliche Gewalt auf Seiten ihres ursprünglichen Inhabers irgendwie eine Einbuße.

Die Volljährigkeitserklärung erfolgt nach § 56 FGG durch Beschluß („Verfügung") des Vormundschaftsgerichts, die Ehelichkeitserklärung nach § 1723 durch eine Verfügung des Staatsgewalt und die Annahme an Kindesstatt durch einen vom Vormundschaftsgericht genehmigten (§ 1751 II) und bestätigten Vertrag zwischen Annehmendem und Angenommenem (§§ 1741, 1750). In allen drei Fällen muß die Einwilligung der Eltern vorliegen (§§ 4 II, 1726, 1741). Die rechtliche Natur dieser Einwilligung ist also entscheidend für die Frage, ob durch ihre Erteilung der elterliche Gewalthaber auf sein Elternrecht verzichten kann. Bei der Volljährigkeitserklärung muß diese Frage auch auf das dem Sorgeberechtigten nach § 56 FGG zustehende Antragsrecht erstreckt werden; denn nach dieser Bestimmung soll die Volljährigkeitserklärung nur auf Antrag desjenigen gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen erfolgen, dem die Sorge für seine Person zusteht.

## Die Volljährigkeitserklärung

Der Personenstandsänderung durch Volljährigkeitserklärung eines Minderjährigen liegen folgende gesetzliche Bestimmungen zugrunde:

Ein Minderjähriger, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, kann durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden. Durch die Volljährigkeitserklärung erlangt er die rechtliche Stellung eines Volljährigen (§ 3). Da nach § 1626 ein Kind nur solange unter elterlicher Gewalt steht, als es minderjährig ist, scheidet also ein für volljährig Erklärter aus der elterlichen Gewalt aus, und der Vater geht seiner elterlichen Gewalt verlustig.

Wie bereits erwähnt, erfolgt diese so gestaltete Volljährigkeitserklärung auf Antrag des Vaters oder, wenn sie vom Minderjährigen selbst beantragt ist, nur mit seiner Einwilligung. Es liegt also nahe, in diesem Institut eine Möglichkeit für den Vater zu sehen, auf seine elterliche Gewalt zu verzichten: Durch sein Antragsrecht und vermöge seiner Einwilligungsbefugnis.

Eine nähere Betrachtung der gesetzlichen Bestimmungen zeigt jedoch, daß eine solche Meinung eine Stütze im Gesetz jedenfalls nicht hat. Das würde nur dann der Fall sein, wenn die Mitwirkung des Vaters eine Verfügung über das ihm zustehende Gewaltrecht wäre und wenn durch sie die elterliche Gewalt auf seiner Seite zum Erlöschen gebracht oder in ihrem Bestande sonst irgendwie verändert würde.

Der Begriff der Verfügung ist gesetzlich nicht festgelegt. Man wird ihn aber unbedenklich mit der h. L. dahin angeben können, daß unter Verfügung ein Rechtsgeschäft zu verstehen ist, durch das auf unmittelbarem Wege ein Recht aufgehoben, verändert oder übertragen wird[1]).

Für die Frage, ob das Antragsrecht eine solche Verfügung ist, ist zu beachten, daß der Vater diesen Antrag ausdrücklich als Vertreter des Kindes stellt. Er vollzieht damit also nur einen Akt der „persönlichen Fürsorge zur Ergänzung des mangelhaften Geschäftswillens des Minderjährigen“[2]), so daß in der Antragstellung als solcher ein Verzicht auf die elterliche Gewalt nicht liegen kann.

Auch einen stillschweigenden Verzicht kann man in ihr nicht sehen, weil dann das Elternrecht schon mit dem Antrage erlöschen müßte. Das geschieht aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 56 II FGG erst mit der Rechtskraft des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts. Jedoch könnte man gerade deshalb in dem Antrage des Vaters einen durch den Beschluß des Vormundschaftsgerichts bedingten Verzicht erblicken. Gegen eine derartige Konstruktion ist

[1]) v. Tuhr, ZivArch. 117, 193; Enneccerus I 1, 342; Staud. Anm. VIII A vor §§ 104 ff. (S. 404).

[2]) Gehring, 35; vgl. auch § 164 BGB. („wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen“).

formell-juristisch nichts einzuwenden. Aber sachlich stehen ihr doch Bedenken entgegen. Einmal ist der Antrag kein wesentliches Erfordernis für die Volljährigkeitserklärung[3]), wie aus dem Wortlaut des § 56 FGG („soll") eindeutig hervorgeht; zum andern aber hat dieser Antrag nur prozessuale, keine materiellrechtliche Bedeutung[4]).

Aehnlich verhält es sich mit der Einwilligung. Diese ist in der Tat als eine Verfügung über das Vaterrecht bezeichnet worden[5]). Indessen zeigt sich schon an der Bestimmung des § 4 II, daß auch für sie die Volljährigkeitserklärung nicht zwingend vorgeschrieben ist. Sobald nämlich dem elterlichen Gewalthaber die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes entzogen ist, bedarf es nach der genannten Bestimmung seiner Einwilligung nicht mehr. Das kann — wie wir noch sehen werden — seinen Grund nur darin haben, daß, wenn ein elterlicher Gewalthaber vorhanden ist, diesem die elterliche Gewalt nicht gegen seinen Willen entzogen werden soll.

Vor allem aber wird die Ansicht der Gegner durch die juristische Natur dieser Einwilligung entkräftet[6]). Die durch die Volljährigkeitserklärung bedingte Rechtsänderung wird nämlich nicht schon durch die Einwilligung selbst, sondern durch einen Gnadenakt des Staates wirksam; an die Einwilligung aber knüpfen sich keinerlei rechtliche Folgen. Daraus folgt weiter, daß es sich hier nicht um die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft handelt[7]), daß vielmehr die Einwilligung lediglich ein Tatbestandsmerkmal für die „Vollziehbarkeit der Volljährigkeitserklärung"[8]) ist, daß sie also erst erfolgen soll, nachdem der Vater seine Meinung kundgetan hat. Eine rechtlich erhebliche Bedeutung hätte daher auch die Verweigerung seiner Einwilligung nicht.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß zwar die Volljährigkeitserklärung praktisch zum Verlust der elterlichen Gewalt führt, daß aber die Mitwirkung des Vaters daran doch keine Verzichtsleistung ist, weil sie keine Verfügung im Rechtssinne darstellt.

[3]) Staud. Vorbem. VII 1 vor § 3.
[4]) Gehring, 35.
[5]) Staud. § 4 Anm. 5.
[6]) vgl. dazu Manigk, Willenserklärung, 527 ff.
[7]) Enneccerus I 1, 204.
[8]) Gehring, 36.

## Die Ehelichkeitserklärung

Nach § 1723 erfolgt die Ehelichkeitserklärung auf Antrag des Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt. Dadurch erlangt das uneheliche Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen (§ 1736), und der Vater wird demgemäß sein elterlicher Gewalthaber. Die Mutter aber verliert nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1738 das Recht und die Pflicht der Personensorge, die ihr gemäß § 1707 zustanden, wenn sie nach § 1726 ihre Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung ihres Kindes gibt.

Auch hier ist behauptet worden, die Mutter werde durch die Ehelichkeitserklärung ihres Kindes „in ihrer Stellung zurückgedrängt“[1]), oder: das ihr gemäß § 1707 zustehende „Elternamt ruht“[2]). Diese Ausdrucksweise ist zum mindesten ungenau; denn wenn § 1738 davon spricht, daß die Mutter die Personensorge „verliert“, so soll damit offensichtlich nur zum Ausdruck gebracht sein, daß sie sie im vollen Umfange verliert und daß sie ihr nicht einmal in der Einschränkung verbleibt wie der ehelichen Mutter nach § 1634. Diese Auslegung mag in den meisten Fällen außerordentlich hart für die Mutter sein. Aber sie allein entspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der Notwendigkeit des Lebens; denn da die Mutter mit dem Vater ihres Kindes nicht in Lebensgemeinschaft steht, würde es zu Mißhelligkeiten der verschiedensten Art führen, wenn sie dauernd in die Erziehung ihres Kindes eingreifen könnte[3]).

Jedoch gerade aus diesem Grunde könnte man in einer nach § 1726 erteilten Einwilligung eine Verfügung der Mutter über das ihr zustehende Erziehungsrecht sehen. Das ist auch behauptet und die Ehelichkeitserklärung ausdrücklich als eine Möglichkeit hervorgehoben worden, „daß sich der Erziehungsberechtigte seines Erziehungsrechts entäußert“[4]). Jedoch ist auch hier der Verlust der Erziehungsge-

[1]) Kipp-Wolff, 353, der freilich an anderer Stelle (vgl. S. 36 Anm. 1) von einem wirklichen Verluste des Fürsorgerechts spricht.

[2]) O-Blume § 1738 Anm. 2, § 1765 Anm. 1.

[3]) Das hat mit Recht Kohler hervorgehoben, vgl. Kohler, 316; so wohl auch die h. L., vgl. Planck § 1738 Anm. 1 und Kipp-Wolff, 357.

[4]) Planck, Begr., 1450.

walt nicht die rechtliche Folge einer Willenserklärung[5]), und es muß daher dasselbe wie bei der Volljährigkeitserklärung gelten[6]).

### Die Annahme an Kindesstatt

Die Annahme an Kindesstatt erfolgt durch Vertrag, und durch sie erlangt das angenommene Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen (§ 1757). Wo also das Gesetz von Rechtsbeziehungen zwischen „ehelichen Kindern" spricht, sind unter jenen auch angenommene Kinder zu verstehen. Danach haben die Adoptiveltern die elterliche Gewalt über das Kind gerade wie die leiblichen Eltern, und daher schreibt auch § 1765 vor, daß die leiblichen Eltern mit der Annahme an Kindesstatt die elterliche Gewalt über das Kind, die uneheliche Mutter das Recht und die Pflicht der Personensorge verlieren. Es wird also auf der einen Seite ein elterliches Gewaltverhältnis begründet, auf der andern ausgelöscht und es fragt sich auch hier, ob dazu ein Verzicht der leiblichen Eltern auf ihre elterliche Gewalt erforderlich ist.

Diese Meinung ist tatsächlich vertreten und die Annahme an Kindesstatt geradezu als eine Ausnahme von dem Grundsatz der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt bezeichnet worden[1]). Auch Planck[2]) vertritt diese Ansicht, betont aber, daß diese Art des Verzichts auf die elterliche Gewalt nur ausnahmsweise zugelassen und daher im Gesetz auch ausdrücklich geregelt und hervorgehoben sei.

Diese Ansichten haben bei oberflächlicher Betrachtung das Gesetz auf ihrer Seite. Zwar wird der Annahmevertrag nach § 1741 zwischen dem Annehmenden und dem Kinde, nicht aber[3]) mit dessen Eltern geschlossen; doch sind die Eltern an dem Vertragsabschluß insofern beteiligt, als nach § 1747 ein minderjähriges eheliches Kind nur mit Einwilligung der Eltern, ein minderjähriges, uneheliches nur mit der

[5]) O-Blume § 1726 Anm. 2, 1723 Anm. 1; Staud. § 1723 Anm. 2 c; Kipp-Wolff, 356.

[6]) Vgl. oben S.

[1]) Knitschky, 157; Danziger, 22.

[2]) Planck Begr., 1594.

[3]) wie im gemeinen Recht.

Einwilligung der Mutter adoptiert werden kann. Diese Bestimmung erweckt im Zusammenhang mit § 1765 allerdings den Anschein, als ob in jener Einwilligung gegebenenfalls ein Verzicht der leiblichen Eltern auf ihre elterliche Gewalt liege.

Während die Einwilligung zur Volljährigkeits- wie zur Ehelichkeitserklärung deshalb keine Verzichtsleistung war und daher auch nicht als Verfügung gelten konnte, weil sie nicht zu einem Rechtsgeschäft erteilt wird[4]), ist die Rechtslage bei der Annahme an Kindesstatt insofern eine andere, als diese durch Vertrag, d. h. durch Rechtsgeschäft, erfolgt. Hier wird also die Einwilligung der Eltern tatsächlich zu einem Rechtsgeschäft gegeben und ist insofern eine echte Willenserklärung. Der Vertrag tritt zwar nach § 1754 erst mit seiner Bestätigung durch das zuständige Gericht nach außen hin in Kraft, aber im Innenverhältnis sind die Vertragschließenden schon vorher gebunden, und die Bestätigung darf nur versagt werden, wenn ein gesetzliches Erfordernis fehlt. Sie ist also keineswegs in das freie richterliche Ermessen gestellt. Daraus ergibt sich, daß hier tatsächlich der Vertragsschluß, nicht erst dessen Bestätigung die Rechtsänderung herbeiführt. Das folgt auch daraus, daß die Bestätigung etwaige Mängel und die dadurch bedingte Nichtigkeit des Vertrages nicht zu heilen vermag[5]). Wäre das der Fall, so würde die Annahme an Kindesstatt durch die Bestätigung, nicht aber — wie es das Gesetz ausdrücklich betont (§ 1741) — durch den Vertrag zustandekommen.

Wenn trotzdem hier die Ansicht aufrechterhalten wird, daß der Vater in seiner Einwilligungsbefugnis keine Möglichkeit hat, auf die elterliche Gewalt zu verzichten, wird dafür in erster Linie auf § 1765 II verwiesen. Aus dieser Bestimmung folgt, daß der Verlust der elterlichen Gewalt für die leiblichen Eltern nicht unter allen Umständen ein dauernder ist: Das angenommene Kind kommt nämlich bei Endigung oder Ruhen der elterlichen Gewalt des An-

[4]) Vgl. oben S.

[5]) Planck § 1748 Anm. 5; Staud. § 1756 Anm. 2c; RGR-Komm. § 1754 Anm. 2; Cosack, 692; Mot. IV, 966; — a. A. O-Blume § 1747 Anm. 8.

nehmenden, sofern es dann noch unterhaltsbedürftig ist, wieder unter die Personensorge seiner leiblichen Eltern. Diese lebt also damit in einem sehr bedeutenden Umfange wieder auf, so daß man wohl sagen kann, daß hier auf Seiten der leiblichen Eltern „ein beschränktes Elternamt zurückbleibt", wenn ihr Kind adoptiert wird[6]).

Ferner ergibt sich die hier vertretene Ansicht aus dem Umstande, daß jene Einwilligung garnicht zwingend vorgeschrieben ist. Sie kann nämlich fehlen, ohne daß sie durch die Erklärung eines Vertreters ersetzt werden könnte[7]), wenn der Ehegatte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§§ 1747 Satz 2, 1746 Abs. II). Das Gesetz steht eben auf dem Standpunkte, daß es einem Elternteil, der sich aus gesundheitlichen Gründen um seine Familie nicht mehr kümmern kann oder aus tatsächlichen Gründen nicht mehr kümmert, auch gleichgültig sein kann, was aus seinen Kindern wird.

Nach § 1756 ist für die Wirksamkeit des Vertrages sogar der Umstand bedeutungslos, daß bei seiner Bestätigung irrtümlich eine Behinderung der leiblichen Eltern in der Abgabe ihrer Einwilligung angenommen wird, wenn sich also hinterher herausstellt, daß eine Einwilligung an sich hätte nachgewiesen werden müssen, aber nicht eingeholt oder nachgewiesen worden ist. Wäre ihr Vorhandensein zwingend vorgeschrieben, so müßte ein solcher Vertrag ungültig sein.

Der Grund, die Einwilligungsbefugnis sei garnicht an die „Innehabung" der elterlichen Gewalt, sondern als „ein Recht beider Eltern" „allein an eheliche Kindschaft geknüpft"[8]), kann dagegen als durchschlagend nicht anerkannt werden. Wie wir gesehen hatten[9]), sind beide Eltern neben-

---

[6]) O-Blume § 1765 Anm. I; — a. A. Hecker, 132, der für diesen Fall nur ein „Wiederaufleben" der elterlichen Gewalt gelten lassen will.

[7]) Gehring, 44;

[8]) Gehring, 45.

[9]) S. oben S.

einander Inhaber der elterlichen Gewalt. Außerdem braucht selbst ein geschäftsbeschränkter Elternteil für die Einwilligung zum Annahmevertrag nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 1748 Abs. II, Satz 2). Gerade daraus scheint zu folgen, daß hier eben nur der elterliche Gewalthaber als solcher zu Worte kommen soll; denn § 1748 II, Satz 2 ist eine Ausnahmebestimmung von § 1676, nach der die elterliche Gewalt des geschäftsbeschränkten Vaters „ruht" und ihm die Personensorge nur noch neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zusteht. Dessen Meinung geht sogar der Meinung des Vaters vor, obwohl dieser aber noch Inhaber der elterlichen Gewalt ist. Von dieser Beschränkung ist er jedoch bei der Mitwirkung am Annahmevertrag über sein Kind durch § 1748 II, Satz 2 ausdrücklich befreit, so daß allein seine persönliche Meinung zu entscheiden hat.

Die eben besprochene Einwilligung ist aber nicht die einzige Möglichkeit für den Vater, am Abschluß des Annahmevertrages mitzuwirken; er kann dabei auch als gesetzlicher Vertreter des Kindes auftreten und so den Vertrag selbst mit abschließen.

Diese Stellvertretung kommt für zwei Fälle in Frage:

1. Sie ist nötig, solange das Kind geschäftsunfähig und weniger als vierzehn Jahre alt ist;

2. sie ist möglich, solange das Kind geschäftsbeschränkt und noch nicht vierzehn Jahre alt ist (§ 1750, Satz 2).

Sie ist also ausgeschlossen, wenn das Kind das vierzehnte Lebensjahr bereits vollendet hat, auch wenn es geschäftsunfähig ist.

In dieser Vertretung liegt aber in beiden Fällen nicht die Ursache des Verlustes der elterlichen Gewalt. Einmal verfügt nicht der Vater, sondern das Kind; denn bei ihm wirkt sich der Vertrag (§ 164) aus, zum andern bleibt auch hier der Untergang der elterlichen Gewalt eine „weitere Folge der Annahme"[10]).

### Die Ermächtigungen gem. §§ 112, 113

Wird der Minderjährige ermächtigt, ein Erwerbsgeschäft selbständig zu betreiben oder in ein Arbeitsverhältnis zu treten, so erlangt er dadurch „für solche Rechtsgeschäfte"

die Stellung eines unbeschränkt Geschäftsfähigen. In dieser Ausnahmestellung kann also der Minderjährige nur durch die Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters kommen, zu der im Falle des § 112 noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinzutreten muß.

Der rechtliche Charakter dieser Ermächtigung ist nicht unbestritten[1]). Man könnte in ihr wohl einen im Voraus erteilten Generalkonsens erblicken, wenn es dieses Institut nach dem geltenden Recht gäbe[2]). Da es aber vom BGB nicht vorgesehen ist[3]), faßt die h. L. diese Ermächtigung als eine auf einen bestimmten Wirkungskreis beschränkte, aber innerhalb dieser Grenzen vollwirksame Volljährigkeitserklärung auf[4]), und Crome bezeichnet sie sogar als „kleine Emanzipation"[5]).

Diese Ansicht hat zweifellos eine Stütze im Wortlaut des Gesetzes selber[6]); denn dort wird ja der Minderjährige in den Fällen der §§ 112, 113 als „unbeschränkt geschäftsfähig" bezeichnet. Aber diese Beziehung wie die auf ihr beruhende Lehre stehen mit dem Sinn des Gesetzes nicht im Einklang. Vielmehr muß man sagen, daß der Minderjährige auch im Bereiche seiner Ermächtigung nicht unbeschränkt geschäftsfähig ist. Das zeigt sich schon daran, daß er solche Geschäfte nicht abschließen darf, zu denen auch sein gesetzlicher Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurft hätte (§ 112 I, § 113I).

Der Umfang der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen ist also hier nach der Verfügungsmacht des Gewalthabers zu bemessen, so daß der Minderjährige keine weitergehen-

[1]) Vgl. dazu Manigk, Das Anwendungsgebiet, 385 ff.; Ludewig, Die Ermächtigung.

[2]) Staud. § 112 Anm. 5 Abs. 2; vgl. auch Ludewig, 27.

[3]) a. A. Cosack, 183.

[4]) Planck § 112 Anm. 1.

[5]) Crome I, 369; ähnlich Enneccerus, der von einer „partiellen Volljährigkeitserklärung" spricht, vgl. S. 372;

[6]) Cosack I, 190; Manigk, Das Anwendungsgebiet, 387; Ludewig, 28.

[7]) Mot. I, 144.

[8]) Pfäfflin, 2.

den Befugnisse erhalten kann, als sein gesetzlicher Vertreter selber beim Betriebe des Geschäfts gehabt hätte[7]). Dasselbe gilt auch analog für den Fall des § 113[8]).

Daraus folgt, daß die Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen, der seine Ermächtigung von einem elterlichen Gewalthaber erhalten hat, weitere Grenzen haben muß, als die Geschäftsfähigkeit des von einem Vormund ermächtigten Minderjährigen[9]). Denn nach §§ 1821, 1643 muß der Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes in weit mehr Fällen einholen als der leibliche Vater, so daß nach dem oben Gesagten auch der Minderjährige, der von einem Vormund ermächtigt ist, nur in geringerem Maße geschäftsfähig sein kann als der vom elterlichen Gewalthaber Ermächtigte. Es handelt sich also hier um eine vom gesetzlichen Vertreter abgeleitete Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen[10]).

Die Wirkung dieser Befreiung des Minderjährigen von der elterlichen Gewalt auf die Stellung des elterlichen Gewalthabers ist bestritten. Die h. L.[11]) bezeichnet mit Recht die Fortdauer der Vertretungsmacht (und damit auch der elterlichen Gewalt) für das Gebiet, auf das sich die Ermächtigung erstreckt, als „etwas juristisch Unmögliches", weil ja der Minderjährige durch die Ermächtigung die Stellung eines Vollgeschäftsfähigen erlange und eine Vertretung Geschäftsfähiger mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit undenkbar sei.

Insoweit ist, wie weiter unten noch des näheren dargelegt werden wird, diese Ansicht richtig. Es ist aber irrig zu sagen, daß „mit dem Schutzbedürfnis naturgemäß auch die Vertretungsmacht wegfallen"[12]) müsse. Dabei scheint man davon auszugehen, daß eine Ermächtigung im Sinne der §§ 112, 113 nur dann erteilt werden dürfe, wenn das Kind einen Schutz seitens des Vaters nicht mehr nötig habe. Diese Voraussetzung ist nicht richtig.

[9]) Enneccerus, 371.

[10]) Pfäfflin, 16.

[11]) Vgl. bei Planck § 112 Anm. 1; Enneccerus, 372.

[12]) Enneccerus wie unter [11]).

Im Falle des § 112 ist nämlich die Wirksamkeit der erteilten Ermächtigung von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig, während die Ermächtigung des § 113 auch ohne diese Genehmigung vollwirksam erteilt werden kann. Eine Kontrolle über die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen könnte also überhaupt nur im Falle des § 112 ausgeübt werden. Das Fehlen dieser Möglichkeit im Falle des § 113 beweist bereits die Unrichtigkeit der vorgetragenen Meinung. Aber auch im Falle des § 112 kann und wird das Vormundschaftsgericht sowohl im Interesse des Kindes als auch bei etwa vorhandenen wirtschaftlichen Notwendigkeiten auf Seiten der Eltern seine Genehmigung selbt trotz einer im übrigen vorhandenen Schutzbedürftigkeit nicht verweigern, sofern nur eine „fortdauernde väterliche Beratung und Beaufsichtigung" als verbürgt erscheint[13]).

Wenn also die Ermächtigung auch dann erteilt werden kann, wenn eine Schutzbedürftigkeit beim Minderjährigen noch vorhanden und demnach deren Fehlen keineswegs die Voraussetzung für die Nichterteilung dieser Ermächtigung ist, so folgt daraus doch noch nicht, daß in einem solchen Falle die Vertretungsmacht des Gewalthabers auch nach erteilter Ermächtigung noch bestehen bleibt.

Das ist indessen bestritten und eine Vertretungsmacht des elterlichen Gewalthabers als mit der eigenen Geschäftsfähigkeit des Kindes „sehr wohl vereinbar"[14]) bezeichnet worden, weil es sicher sei, daß sie im Großen und Ganzen dem Vertretenen „eher nützen als schaden wird"[15]). Vom Minderjährigen und seinen Interessen aus gesehen, wird die Richtigkeit dieser Ansicht nicht anzuzweifeln sein. Wie wir aber schon erwähnt hatten, dient die Ermächtigung nicht dem Schutze des Minderjährigen, sondern in erster Linie dem Schutze der Allgemeinheit, und für diese würde es geradezu unerträglich sein, wenn der Vater jeden Vertrag, den sein ermächtigter Sohn im Rahmen eben dieser Ermächtigung abgeschlossen hat, wieder aufheben könnte.

---

[13]) Gehring, 38.

[14]) Cosack I, 191.

[15]) Schefold, 305 ff.; vgl. auch Mot. IV, 773.

So ist denn auch der Hinweis auf die Gebrechlichkeitspflegschaft des § 1910 durchaus nicht geeignet, die Ansicht vom Fortbestehen der väterlichen Vertretungsmacht zu begründen. Zwar bleibt hier der Pflegling voll geschäftsfähig[16]); aber das kann kein Beweis für die gegnerische Ansicht sein, weil der Pflegling eben nur aus tatsächlichen Gründen seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag[17]), der Vater hingegen in den Fällen der §§ 112, 113 zum Eingreifen in den Geschäftsbereich des Minderjährigen gerade tatsächlich sehr wohl in der Lage wäre und gerade deshalb wenigstens rechtlich daran gehindert werden muß[18]).

Die Ermächtigungen wirken nicht bloß auf die Vertretungsbefugnisse des Vaters, sondern auch auf sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Kindesvermögen ein. Es entsteht nämlich hier die Frage, ob auch die Einkünfte, die ein Minderjähriger in den Fällen der §§ 112, 113 erzielt, dem Verwaltungsrecht des Vaters entzogen sind, dieses also insoweit erloschen ist.

Diese Frage ist wohl nicht eigentlich bestritten, nur ungenau beantwortet worden, wenn z. B. gesagt wird: „Die Verwaltungsmacht der Eltern wird durch die Verfügungsmacht der Kinder ausgeschlossen“[19]). Dieser Satz ist ohne Zweifel richtig, wenn man dabei folgendes beachtet: Grundsätzlich steht es dem Gewalthaber zu, über die Verwendung des Arbeitsverdienstes und des Geschäftserwerbes seiner Kinder Bestimmungen zu treffen. Eine eigenmächtige Verfügung des Minderjährigen darüber ist dann ausgeschlossen. Sie ist nur dann möglich, wenn sie in den Kreis der Geschäfte fällt, zu denen das Kind ermächtigt ist[20]). Insoweit und nur insoweit ist also die Verwaltung der Eltern durch die Verfügungsmacht der Kinder ausgeschlossen.

[16]) Staud. Vorbem. 4 vor § 1909.

[17]) Stein § 53 Anm. 2.

[18]) Das ist auch der Grund für die Vorschrift des § 1628.

[19]) Schefold, 313.

[20]) Mot IV, 762; Staud. § 1638 Anm. 1 a; Kipp-Wolff, 302; Soergel § 1638 Anm. 1.

### Die Eheschließung Minderjähriger, § 1305

Durch die Eheschließung werden Minderjährige nicht mündig, aber es treten doch gewisse Beschränkungen der elterlichen Gewalt ein. So verliert der elterliche Gewalthaber das Recht und die Pflicht der Personensorge in tatsächlicher Hinsicht. Ebenso verliert er die Vermögensverwaltung, so weit sie der Ehemann kraft des Güterrechts erhält.

Da Minderjährige auch zur Eheschließung die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters brauchen (§ 1305) und dessen elterliche Gewalt in der angegebenen Weise vermindert wird, so könnte man vielleicht auch in dieser Einwilligung einen Verzicht auf die elterliche Gewalt sehen; denn auch hier handelt es sich um einen Akt der Personensorge. Indessen gilt für diese Fälle dasselbe, was bereits für die andern Fälle, in denen eine Einwilligung des elterlichen Gewalthabers in eine Personenstandsänderung seines Kindes erforderlich war, gesagt worden ist: Auch diese Einwilligung ist keine Verfügung; auch hier ist der Zusammenhang zwischen Willenserklärung und Statusänderung kein rechtlicher, sondern lediglich ein tatsächlicher.

### Der Verzicht auf das Nutznießungsrecht

Nach § 1662 kann der Vater auf die Nutznießung am Kindesvermögen verzichten. Auch diese Möglichkeit könnte mit dem hier vertretenen Grundsatz der Unverzichtbarkeit und Unübertragbarkeit der elterlichen Gewalt in Widerspruch geraten.

Der Verzicht kann in zwei Formen erfolgen: Der leibliche Vater verzichtet auf die Nutznießung durch eine Verzichtserklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Vormundschaftsgericht (§ 1662), der Wahlvater bei der Kindesannahme im Annahmevertrage (§§ 1767, 1741). In beiden Fällen ergibt der Verzicht eine „durch Parteibelieben geschaffene Rechtslage“[1]), ist also in beiden Fällen eine reine privatrechtliche Willenserklärung.

Daß die Nutznießung ein Bestandteil der elterlichen Gewalt ist, war bereits bewiesen worden[2]).

[1]) Opet, 276.

[2]) Vgl. oben S. 14.

Damit sind die beiden oben aufgestellten Voraussetzungen erfüllt: § 1662 verleiht also dem Vater tatsächlich das Recht, auf einen Bestandteil seiner elterlichen Gewalt zu verzichten. Unser Grundsatz von ihrer Unverzichtbarkeit scheint mithin an dieser Stelle durchbrochen.

Gleichwohl bleibt die Möglichkeit, in § 1662 eine Ausnahmevorschrift zu sehen. Als solche ist sie tatsächlich auch durch ihre besondere Natur gerechtfertigt. Ein Verzicht auf die Nutznießung kann weder dem Kinde noch der Allgemeinheit schaden. Damit ist aber die Hauptvoraussetzung eines auch in anderen gesetzlichen Bestimmungen enthaltenen Grundsatzes erfüllt, daß nämlich auf Vermögensrechte nur dann verzichtet werden kann, wenn besondere Gründe dafür vorliegen (§§ 408, 1488 ff[3]); 1614, 1714)[4]), und es ist durchaus gerechtfertigt, daß auch dem Vater eine solche Verzichtsmöglichkeit gegeben ist, und daß man sie demgemäß als Ausnahmebestimmung im Sinne unserer Norm betrachtet.

Nachdem somit als erwiesen gelten kann, daß positive Gesetzesbestimmungen die Gültigkeit jener Norm von der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt nicht ausschließen, bleibt noch nachzuweisen, woraus ihr Bestehen überhaupt zu folgern ist. Die Wissenschaft hat eine Begründung auf alle mögliche Weise versucht.

Nach der h. L. beruht die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt auf ihrer Natur als „zwingendes Recht“[5]). Dessen Sätze kommen zur Anwendung, „auch wenn die Personen, für welche sie gegeben sind, erklären, daß sie nicht zur Anwendung kommen sollen“[6]). Die Römer nannten dieses Recht ius publicum[7]), und daher kommt es wohl auch, daß es im gemeinen Recht mitunter als „halböffentliches Recht“ bezeichnet wurde, wenn es „Privatrecht nach seinem Gegenstande, öffentliches nach seinem Grunde“ war[8]).

---

[3]) Mot. IV, 295.
[4]) Mot. IV, 709.
[5]) Staud. § 1635 Anm. 8.
[6]) Windscheid, 106.
[7]) Enneccerus I, 103.
[8]) Brinz, 110.

Mit dieser Bezeichnung sind zwar die Rechtssätze über die elterliche Gewalt im System untergebracht und mit einem Namen belegt, aber eine Begründung dafür, warum ihre Anwendung durch Parteiabrede nicht ausgeschlossen werden kann, ist nicht gegeben; denn es sind damit nur die Wirkungen dieser Rechtssätze bezeichnet, nicht aber die Gründe dafür angegeben, warum sie gerade so wirken müssen[9]).

Weiter hat man die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt damit begründen wollen, daß man sie als höchstpersönliches Recht bezeichnete. Man versteht darunter Rechte, die weder veräußerlich, noch vererblich[10]), die „von der Person des Berechtigten unzertrennlich“[11]), sind. Damit wäre dann auch die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt bewiesen; denn unveräußerliche Rechte sind auch nicht verzichtbar[12]).

Aber auch auf diese Weise ist eine sachliche Begründung für die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt nicht geliefert. Wenn es auch richtig ist, daß höchstpersönliche Rechte nicht veräußerlich und also auch nicht verzichtbar sind, so ist doch noch keineswegs bewiesen, daß die elterliche Gewalt ein höchstpersönliches Recht ist. Außerdem aber ist die Bezeichnung als solche irreführend; denn gemeinhin versteht man unter höchstpersönlichen Rechten solche Rechte, die nur persönlich ausgeübt werden können. Hier soll aber nicht die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt in der Ausübung, sondern gerade in der Zuständigkeit bewiesen werden.

Vielfach wird diese auch mit § 138 begründet, weil ein r echtsgeschäftlicher Verzicht einen Verstoß gegen die

---

[9]) Der Hinweis auf das ius publicum der Römer kann deshalb keine Begründung sein, weil die Römer unter ius publicum etwas ganz Anderes verstanden, als wir heute unter öffentlichem Recht, wenn sie es definieren: „Quod pactis privatorum mutari non potest“ (L. 38 D. de pact. 2, 14).

[10]) Cosack I, 71.

[11]) Windscheid, 106.

[12]) Cosack I, 71.

guten Sitten enthalte und deshalb nichtig sei[13]). Daß solche Verträge über Kinder sehr oft sittenwidrig sein werden, ist zweifellos. Namentlich wird das dann der Fall sein, wenn sie eine Ehescheidung ermöglichen oder auch nur erleichtern sollen[14]) oder wenn in ihnen geldliche Abmachungen dafür getroffen werden, daß entweder die Eltern für die Ueberlassung des Kindes oder die „Pflegeeltern" für die Uebernahme des Kindes eine Entschädigung erhalten sollen[15]).

Indessen gewährt der § 138 kein sicheres Merkmal für eine Entscheidung darüber, ob ein solcher Verzichtsvertrag im Einzelfalle nichtig ist oder nicht. Die Anwendbarkeit des § 138 auf die hier behandelten Erziehungsverträge muß überhaupt in Zweifel gezogen werden; denn die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit kann nur dann in Frage kommen, wenn es „an sich", d. h. ohne Sittenwidrigkeit, gültig ist. Hier würde aber der Abschluß des Geschäfts selber schon sittenwidrig sein. Wenn man daher § 138 auch auf Erziehungsverträge anwendet, so läßt man damit indirekt eine Verfügung über die elterliche Gewalt zu. Das soll ja aber gerade abgelehnt werden.

Außer mit § 138 will André die Unverzichtbarkeit auch mit § 306 beweisen, weil „Verträge, welche eine unmögliche Leistung zum Gegenstande haben, keine Verpflichtung zur Vornahme der Leistung begründen"[16]).

Diese Begründung ist aber nicht haltbar. § 306 bestimmt zwar, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist, doch kann diese Vorschrift hier garnicht angewandt werden. Einmal setzt § 306 voraus, daß ein Schuldverhältnis vorliegt, und zum andern ist diese Vorschrift nur für den Fall der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit

[13]) Mot. IV, 752; Lotmar, 72 und 179; Opet, 217; Burchardi, 184; André, 26; Staud. § 1632 Anm. 2 b; § 1634 Anm. 6; Eckard, 328; O-Blume § 1627 Anm. 2.

[14]) WarnRspr. 1912 Nr. 244 (RG. 15. 2. 12).

[15]) Vgl. z. B. Friedrich Hebbel, Mutter und Kind. — JW. 1904, 256 (RG. 11. 4. 04); SeuffArch. 68, 260 (BayrOLG. 11. 10. 11.); O-Blume § 1627 Anm. 2 Abs. 2; RGR-Komm. § 1631 Anm. 1.

[16]) André, 25.

gegeben[17]). Beide Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Das Vorhandensein des Schuldverhältnisses soll gerade erst bewiesen werden. Es erhellt, daß sich dieser Beweis nicht mit § 306 führen läßt; denn die Leistung, die nach § 306 objektiv unmöglich sein muß, ist bei unsern Verträgen nicht unmöglich: Rein tatsächlich steht der Verfügung über das Kind nichts entgegen. Ob diese Unmöglichkeit auf einer Rechtsregel beruht, was der natürlichen Unmöglichkeit gleichkommen würde[18]), ist nicht zu entscheiden, bevor nicht diese Rechtsregel gefunden ist. Um sie geht es hier aber gerade.

Bedeutsamer erscheinen die Meinungen, die die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt aus deren öffentlichrechtlichem Charakter herleiten wollen[19]).

Dagegen spricht indessen von vornherein eine gewisse Vermutung, weil nämlich das öffentliche Recht bei der Abfassung des BGB „mit eiserner Konsequenz ausgeschieden", ja sogar „gewaltsam herausgerissen" worden ist[20]). Wenn auch diese Meinung nicht deshalb richtig sein muß, weil sie von einem Redaktor vertreten worden ist, so hat sie, wenigstens soweit sie sich auf die elterliche Gewalt bezieht, doch nicht widerlegt werden könen. Wie sich nämlich zeigen wird, sind alle Versuche, den öffentlich-rechtlichen Charakter der elterlichen Gewalt nachzuweisen, als fehlgeschlagen anzusehen.

So hat man diesen Beweis mit auf Art. 120 RV. stützen wollen, weil dort die Erziehung des Nachwuchses „oberste Pflicht und natürliches Recht" genannt wird und dadurch zu einer „staatsbürgerlichen Pflicht der Eltern" geworden sei, „die zu der privatrechtlichen der §§ 1627, 1686 BGB hinzutritt"[21]). Das „natürliche Recht" trägt „öffentlich-recht-

[17]) Enneccerus II, 84.

[18]) Enneccerus II, 84.

[19]) Gimmerthal, 390; Planck Begr., 1450; Gruchot, 189, 449; Schulteis, 28; Bettsack, 384; v. Blume Vorbem. z. Vormundschaftsrecht 3 (S. 4).

[20]) Gierke Entw., 108.

[21]) Giese, Art. 120 Anm. II, 3.

lichen Charakter, geht also über das Recht der §§ 1627, 1686 BGB hinaus“[22]).

Diese Ansicht ist unzutreffend. Einmal erhält ein Privatrecht nicht schon deshalb öffentlich-rechtlichen Charakter, weil es in der Reichsverfassung bes. hervorgehoben wird; zum andern aber haben diese „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“, unter denen der Art. 120 aufgeführt ist, keine andere Bedeutung, als daß sie lediglich „Richtschnur und Schranke für die Gesetzgebung, die Verwaltung und die Rechtspflege in Reich und Ländern“ bilden sollen[23]). Sie stellen nur Grundsätze, nicht aber materiellgültige Normen auf, und am allerwenigsten war durch sie eine „Verschiebung“ zwischen privatem und öffentlichem Recht beabsichtigt[24]).

Außerdem ist sachlich noch zu bemerken, daß es nicht angängig ist, aus dem Ausdruck „natürliches Recht“ den öffentlichen Rechtscharakter der elterlichen Gewalt herauszulesen. Grade dadurch, daß auch die Reichsverfassung die Natur als die Grundpfeiler des Familienlebens anerkennt, soll seine Heiligkeit und Unantastbarkeit ganz besonders betont werden. Im kommunistischen Programm war es „selbstverständlich, daß der Schwerpunkt der Kindererziehung nach den staatlichen Faktoren hin verschoben werden sollte. Hier wird nun demgegenüber der alte Gedanke hochgehalten“[25]); denn der Staat soll die Erziehung der Kinder „überwachen“, nicht aber selbst „übernehmen“[26]).

Bedeutungsvoller sind die Lehren, die den öffentlichrechtlichen Charakter der elterlichen Gewalt aus ihrem Inhalt, insbes. dem ihr innewohnenden Pflichtgehalt und ihrer Entziehbarkeit im rechtspolizeilichem Verfahren herleiten wollen[27]). Nach ihnen ist es nämlich mit dem Begriff eines privaten Rechtes unvereinbar, daß seine Ausübung durch irgendwelche Pflichten beschränkt wird.

---

[22]) Giese Art. 120 Anm. II 4.

[23]) Art. 107 des Entw. 4 (bei Anschütz S. 302).

[24]) Gehring, 56.

[25]) Bredt, 103.

[26]) Anschütz Art. 120 Anm.

Nun ist es ohne Zweifel zutreffend, daß die gesetzliche Regelung der elterlichen Gewalt im BGB eine Reihe von Bestimmungen aufweist, die den Gewalthaber in der Ausübung gewissen Schranken unterwirft, deren Nichteinhaltung schließlich zur Entziehung selbst führen kann (§§ 1666, 1607). Aber das kann als Beweis für die öffentlich-rechtliche Natur der elterlichen Gewalt nicht angesehen werden; denn auch unbestrittene Privatrechte, wie das Eigentum, sind solchen Eingriffen der Staatsgewalt ausgesetzt. Freilich darf eine Enteignung oder sonstige staatliche Beschränkung des Eigentums nur zu Gunsten von überwiegenden Interessen der Allgemeinheit erfolgen. Eine solche Bedingung ist aber auch jedem staatlichen Eingriff in die elterliche Gewalt gesetzt. Hier ist es das Interesse des Kindes, das durch schuldhaftes Verhalten des elterlichen Gewalthabers gefährdet wird.

In beiden Fällen ist also ein staatlicher Eingriff nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich, die Entziehbarkeit demnach nicht Bestandteil des betroffenen Rechts, sondern nur ein Notbehelf gegen Mißbrauch überwiegender (Staats -oder Kindes-) Interessen. Die Rechte als solche aber werden durch die Möglichkeit eines staatlichen Eingriffs in ihrem ursprünglichem Bestande als Privatrechte nicht berührt[28]).

Weiter ist gesagt worden, die Pflicht zur Ausübung der elterlichen Gewalt könne nur dem Staate gegenüber bestehen, weil ja das Kind selbst keinen Rechtsanspruch auf Erziehung habe. Wenn auch das letztere richtig ist[29]), so braucht deshalb die elterliche Gewalt noch kein öffentliches Recht zu sein.

Diese Lehre geht nämlich davon aus, daß jeder Pflicht auf der einen Seite ein Recht auf der andern entsprechen müsse. Das ist durchaus irrig. Es gibt zahlreiche Beispiele im öffentlichen wie im privaten Recht, wo Pflichten bestimmt sind, ohne daß die entsprechenden Rechte vorhanden

---

[27]) Staud. § 1635 Anm. 8; Planck § 1635 Anm. 15; O-Blume § 1635 Anm. 6; Endemann § 167, 5 c; Walsmann, 288; Saniter, 44; Lehmann, 26; Sommerfeld, 108; Webern, 28; Runge, 34.

[28]) Gehring, 55.

[29]) Vgl. unten S.

wären (Stiftung, Auflage und die Aufsichtspflichten aus den §§ 831, 832[30]). Das von Gehring[31]) angeführte Beispiel der öffentlichen Wege und Schulen erscheint nicht stichhaltig; denn hier ist doch der Berechtigte die Gemeinde oder eine sonstige Gebietskörperschaft, und diese haben durchaus einen Rechtsanspruch auf die Durchführung ihrer Rechte und können ihn auch geltendmachen.

Die Unrichtigkeit der bekämpften Meinung zeigt sich auch darin, daß die Erziehungspflicht ohne Anspruch auf der andern Seite nicht nur dem Staate gegenüber besteht, sondern vor allem und unmittelbar dem Kinde gegenüber[32]). Mittelbar werden dadurch natürlich auch Allgemeininteressen gewahrt; das ist aber nur eine Folge und kein Charakteristikum dieser Bestimmungen; denn eine solche mittelbare Begünstigung liegt ja schließlich der ganzen Rechtsordnung zugrunde[33]).

Alle diese Lehren, die den öffentlich-rechtlichen Charakter der elterlichen Gewalt mit ihrem vornehmlichen Pflichtgehalt beweisen wollen, beruhen offenbar auf gemeinrechtlichen Anschauungen. Dort war es allerdings mit dem Begriff des subjektiven Rechts unvereinbar, daß seine Ausübung durch irgendwelche Pflichten beschränkt wurde. Gerade die unbegrenzte Ausübungsmöglichkeit war das Eigenartige des subjektiven Rechts nach römisch-rechtlichen Begriffen. Sobald es durch irgendwelche Schranken eingeengt wurde, verlor es seinen privatrechtlichen Charakter und wurde insoweit zum öffentlichen Recht, zum ius publicum, quod pactis privatorum mutari non potest[34]), d. h. es ging vor allem seiner Verkehrsfähigkeit, „der wichtigsten Eigenschaft des privaten subjektiven Rechts“[35]), verlustig. Diese Rechtsauffassung der Römer hatte durchaus ihre Berechtigung, weil bei ihnen die Gesellschaft mit dem Staat zusam-

[30]) bei deren Verletzung erst für den Geschädigten ein Ersatzanspruch entsteht.

[31]) Gehring, 55.

[32]) Gimmerthal, 392; GoltdArch. 60, 164 (OLG. Posen 30. 4. 10.).

[33]) Gehring, 55.

[34]) Vgl. oben S. 34.

[35]) Gehring, 60.

menfiel, so daß es bei ihnen kein Privatrecht gab, „das nicht Individualrecht und kein Sozialrecht, das nicht Staatsrecht“[36]) gewesen wäre.

Im deutschen Rechte des Mittelalters dagegen war das Privatrecht durch öffentlich-rechtliche Elemente gebunden“[37]). Wenn auch dieser Gedanke unter dem Einfluß des individualistischen römischen Rechts wieder zum Teil verloren ging, so ist er in der Gesetzgebung seit 1870 doch wieder zum Durchbruch gekommen. Freilich wird heute im Gegensatz zum alten deutschen Recht die „Befugnis als Eigenmacht“ anerkannt, aber „mit dem Trugbild eines rein individualistischen Privatrechts haben wir grundsätzlich gebrochen.“ Es ist germanische Rechtsauffassung, daß „jede Befugnis in ihrer Bestimmung zugleich ihre Schranke hat. Darum muß selbst das stärkste Recht des einzelnen, wo das Wohl des Ganzen es erheischt, dem höheren Recht der Gesamtheit weichen“[38]). Wenn auch, wie im öffentlichen Recht, die Pflichten, so im Privatrecht die Befugnisse im Vordergrunde stehen, so darf „die Betrachtung des Rechts im Ganzen nicht einseitig von den Befugnissen ausgehen“; denn „die Pflichten sind keineswegs bloß Ausflüsse, sondern Korrelate der Befugnisse“[39]).

Unter dem Einfluß dieser deutsch-rechtlichen Gedanken weist das geltende Recht[40]) eine Reihe von Bestimmungen auf, die in der Tat mit der individualistischen Stellung des einzelnen gebrochen zu haben scheinen. In den Gesetzen der neusten Zeit finden sich immer wieder Spuren des Grundgedankens, daß die freie Willensmacht des einzelnen ihre Schranken an den Pflichten gegen die Allgemeinheit hat; und wenn man dagegen eingewendet hat, daß derartige Bestimmungen dann eben garnicht mehr in den Bereich des Privatrechts gehörten, so ist das eine aus der römisch-rechtlichen Schule übernommene „vorgefaßte Meinung“[41]), die im geltenden Recht keine Stütze mehr hat.

---

[36]) Gierke, § 4 I (S. 27).
[37]) Gierke, 28.
[38]) Gierke, 30.
[39]) Gierke, 255; vgl. auch Brauweiler, 48 ff.
[40]) Vgl. zum folgenden auch Radbruch, 52 ff.
[41]) Hedemann, DJZ. 1919, 772.

So legen z. B. das Patentgesetz dem Patentinhaber eine Ausübungspflicht[42]) und die Reichsverfassung dem Grundeigentümer eine Bebauungspflicht[43]) auf; so wird auf dem Gebiete des Denkmalsschutzes der Eigentümer eines bedeutenden Kunstwerkes die Verpflichtung anerkennen müssen, die Besichtigung seiner Kunstschätze zu erlauben[44]). Aehnliche Beschränkungen des Privateigentums brachten während des Krieges die Beschlagnahmeverordnungen mit sich, neben denen für den Eigentümer auch Verpflichtungen zu positivem Tun bestanden, ohne daß durch sie das Privateigentum selbst aufgehoben worden wäre[45]).

Aus alledem ist soviel festzustellen, daß sich der Grundsatz von der Unveräußerlichkeit der elterlichen Gewalt aus rechtsbegrifflichen Erwägungen jedenfalls nicht herleiten läßt. Er ist vielmehr in dem Umstand begründet, daß die Personensorge „ihrem Kern nach" überhaupt keinen rechtlichen Charakter trägt, daß vielmehr alle sie betreffenden Vorschriften „nur Abstraktionen aus bestehenden natürlichen Verhältnissen" sind[46]).

Die h. L.[47]) bezeichnet allerdings die elterliche Gewalt „ihrer wesentlichen Grundlage nach als eine vormundschaftliche", wenn sie auch zugibt, daß der Gewalthaber bei ihrer Verwaltung erheblich freier gestellt" sei[48]) als der Vormund.

Soweit diese Gemeinsamkeit von elterlicher Gewalt und Vormundschaft in dem „natürlichen Schutzbedürfnis des Kindes"[49]) besteht, läßt sie sich zwar nicht abstreiten. Darüber hinaus bestehen aber doch bedeutende Unterschiede. Auf sie weisen schon die Motive hin, wenn sie die elterliche Gewalt als „rechtlichen Ausdruck eines natürlichen sittlichen Verhältnisses" bezeichnen[50]). Die Vormundschaft dagegen

[42]) Kohler, Handbuch, 613; § 11 PatentGes.; Isay, 373.

[43]) Art. 155 III RV.; Kohler II, 2 S. 121, 123; Wolff, 141, 144; Gierke I, 255; II, 365, 408; RG. 89, 121.

[44]) Kohler, DJZ. 1904, 772 ff.

[45]) Nord, 717 ff.

[46]) Danziger, 15.

[47]) Planck, Vorbem. 1 vor § 1626; Staud. Vorbem. 2 vor § 1626; O-Blume, Vorbem. 1 vor § 1626; Kipp-Wolff, 298; Fohr, 379; — a. A. RGR-Komm. § 1625 Anm. 1 und Kohler, 479.

[48]) [49]) Mot. IV, 724.

[50]) Mot. IV. 724.

ist ein Amt und eben nur ein Ersatz des fehlenden elterlichen Schutzes[51]).

Daher hat man versucht, die begriffliche Gleichartigkeit beider Institute von der Stellung ihrer Inhaber her zu beweisen, und dafür zwei Dinge hervorgehoben: Die Abhängigkeit des Vaters von dem Genehmigungs- und Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts.

Für bestimmte Rechtsgeschäfte braucht nämlich der elterliche Gewalthaber ebenso wie der Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[52]). Daraus aber, daß der Vormund dieser Genehmigung in weit mehr Fällen bedarf als der Vater[53]), geht hervor, daß das Erfordernis der Genehmigung lediglich auf rein praktischen Rücksichten gegen das Kind beruht; denn diese Bestimmung soll die Vertretungsmacht des Vaters eben nicht soweit beschränken, daß er „in dieser Beziehung dem Vormunde ganz gleichgestellt" ist[54]).

Gemäß § 1837 hat das Vormundschaftsgericht über die gesamte Tätigkeit die Aufsicht. Eine entsprechende Vorschrift für den Vater fehlt. Freilich ist auch er einer vormundschaftsgerichtlichen Aufsicht unterworfen, aber diese wird, worauf mit Recht hingewiesen worden ist, nur „in Veranlassung besonderer Umstände wirksam" und ist auch keine „regelmäßige, organisierte und präventive"[55]), wie bei der Vormundschaft. Denn dem elterlichen Gewalthaber gegenüber tritt sie erst in Erscheinung, wenn er seine Pflichten verletzt oder seine Befugnisse überschreitet[56]). Auch nur dann ist das Jugendamt — anders als nach § 1850 — zur Erfüllung seiner ihm nach § 1675 obliegenden Anzeigepflicht gehalten. Unter diesen Voraussetzungen kann man aber beim Vater nicht von einer gesetzlichen Aufsicht reden; dann müßte auch jeder Staatsbürger als „unter Polizeiaufsicht stehend" bezeichnet werden, „weil im Betretungsfalle die Polizei gegen ihn einschreiten kann"[57]).

---

51) Engelmann, 706; Fr. Leonhard, 182.
52) § 1643.
53) Vgl. §§ 1821, 1822 mit 1643.
54) Mot. IV, 762 unten.
55) Mot. IV, 802, ZtrblFG. 6, 276 (KG. 4. 5. 04.).
56) Vgl. §§ 1665, 1837 ff., 1849 ff.
57) Gehring, 14.

Ist somit die elterliche Gewalt grundsätzlich frei und unabhängig von der Vormundschaft gestaltet, so ist nunmehr ihr positiver Gehalt festzustellen.

Man wird ihn am besten als Herrschaftsrecht bezeichnen können, allerdings als eine „Herrrschaft, die im Interesse des Kindes und nicht im Interesse des Vaters geführt"[58]) wird. Das soll heißen, daß das Herrschaftsrecht nicht ohne Schranken ist, die durch eine Reihe positiver Vorschriften bestimmt sind und ganz allgemein durch den Hinweis auf den Pflichtcharakter der elterlichen Gewalt gezogen werden.

Daß man trotz dieser Einschränkung von einem Herrschaftsrecht reden kann, ergibt sich zunächst aus der Volksanschauung, die ja auch die Grundlagen der gesetzlichen Regelung geworden ist. Sie würde eine Gleichstellung des in der Natur begründeten Eltern- und Kindesverhältnisses mit der Vormundschaft als eine Herabwürdigung des ersteren empfinden[59]) und faßt demgemäß die elterliche Gewalt vielmehr als „eine mit der Enge des verwandtschaftlichen Bandes und der allseitigen Ueberlegenheit der Eltern von Natur aus gegebene unbedingte Autoritätsstellung"[60]) auf. Diese Unbedingtheit besteht zwar nur für das Kind; denn in Wirklichkeit sind der elterlichen Gewalt auch in der Anschauung des Volkes Grenzen gezogen, die in der Hilfs- und Erziehungsbedürftigkeit des Kindes ihren Grund haben; aber innerhalb dieser Grenzen ist die Herrschaft des Vaters anerkannt.

Deshalb wird auch nach dem BGB die Vormundschaft durch die elterliche Gewalt ausgeschlossen. Nur wo diese fehlt, tritt die Vormundschaft an ihre Stelle, so daß es der Natur der Sache mehr entspräche, wenn man die Vormundschaft als eine künstliche Nachbildung der elterlichen Gewalt bezeichnete und nicht umgekehrt.

Ihre gesetzliche Stütze findet diese Auffassung der elterlichen Gewalt als eines Herrschaftsrechts in dem dem Vater zustehenden Nutznießungsrecht am Kindesvermögen. Dieses Recht ist rein eigennützig, dient allenfalls der Familie und

[58]) Fehr, Das Recht, 145.
[59]) Rothe, 6; Pfaff II, 165.
[60]) Gehring, 12.

trägt vor allem zur „Stärkung der Eltern gegenüber den Kindern“ bei[61]).

Das zeigt sich einmal darin, daß dieses Recht nicht gleichzeitig mit einer Verpflichtung zu seiner Ausübung verbunden ist; denn auf sie wie auf das Recht selbst kann der Vater ohne Einschränkung verzichten (§ 1662)[62]). Zum andern aber läuft dieses dem Vater zustehende Recht den Kindesinteressen gerade zuwider, bewirkt es doch die Mehrung des väterlichen Vermögens auf Kosten des Vermögens der Kinder. Freilich dient die Nutznießung nicht so einseitig dem Wohle des Vaters wie der ususfructus paternus des römischen Rechts; vielmehr sollen die aus der Nutznießung sich ergebenden Vermögensvorteile in erster Reihe für den angemessenen Unterhalt des Kindes verwandt werden[63]). Gleichwohl ist diese Einschränkung, die sich nicht einmal ausdrücklich im Gesetz befindet[64]), nicht geeignet, den eigennützigen Charakter des väterlichen Nutznießungsrechtes zu verwischen.

Ferner hat das Kind keinen klagbaren Anspruch auf Erziehung. Zwar ist das vereinzelt behauptet, aber entweder garnicht[65]) oder nur unzureichend[66]) begründet worden. Die h. L. verneint das Bestehen eines solchen Anspruches ganz entschieden, und das mit Recht; denn hier handelt es sich nicht um ein familienrechtliches Schuldverhältnis, wie etwa bei der Unterhaltspflicht, sondern eben um ein Gewaltverhältnis, das durch das staatliche Aufsichtsrecht geschützt ist und in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört[67]).

Diese Ansicht wird auch durch § 1 JugWohlfGes. nicht entkräftet, wo von „Recht“ und „Anspruch“ des Kindes auf Erziehung die Rede ist[68]). Denn wenn man auch diese

---

[61]) Mot. IV, 678; vgl. auch oben S. 11 ff.

[62]) Opet, 256.

[63]) Engelmann, 701; Mot. Iv., 180; Prot. IV, 626; Stölzel, 174; Pfaff I, 218; Opet, 257; Kohler, IherJahrb. 24, 260.

[64]) Opet, 257.

[65]) Petersen, 6; Drewes-Sandré § 1 Anm. 4.

[66]) Polligkeit, 51.

[67]) O-Blume § 1631 Anm. 8; Kipp-Wolff, 303; Kohler, 401; Behrend, 98; SeuffArch. 66, 328 (OLG. Kiel 14. 2. 10.).

[68]) § 1 lautet: „Jedes deutsche Kind hat ein Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftl. Tüchtigkeit“.

Vorschrift nicht als eine bloße programmatische Bestimmung ansprechen darf[69]), so begründet sie für das Kind doch keinen klagbaren Anspruch auf Erziehung, vielmehr lediglich ein gegen die Volksgemeinschaft gerichtetes, durch „förmliche Beschwerde" geltend zu machendes subjektives öffentliches Recht[70]).

Am bezeichnedsten drückt der § 1632 den Herrschaftscharakter der elterlichen Gewalt aus. Kraft dieser Vorschrift hat der Vater das Recht, sein Kind von jedem herauszuverlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält. Dieser Anspruch kann im Prozeßwege geltend gemacht werden, ist wie ein sachenrechtlicher gestaltet und hat mit der Eigentumsklage den vollkommen absoluten Charakter gemein[71]), weshalb er häufig auch geradezu als Vindikation bezeichnet wird[72]).

Ferner haftet der Inhaber der elterlichen Gewalt bei ihrer Ausübung dem Kinde gegenüber nur für diligentia quam suis (§ 1664). Auch darin drückt sich die Tendenz des Gesetzes aus, natürlich-sittliche Verhältnisse nicht ohne Notwendigkeit durch Bestimmungen anzugreifen, wie sie unter Fremden angebracht sind, und den Vater für sein Verhalten dem Kinde gegenüber nicht nach den allgemeinen Vorschriften verantwortlich zu machen[73]).

---

[69]) Wie es die Begründung tut, S. 26.

[70]) Behrend § 1 Anm. A a); ähnlich Drewes-Sandré § 1 Anm. 4 und 11.

[71]) Opet, 213 ff.

[72]) Opet, 213 ff. — Von den Gegnern, die die elterliche Gewalt als Vormundschaft auffassen, muß die Vorschrift des § 1632 naturgemäß als Durchbrechung dieses Prinzips angesehen werden und wird von ihnen sogar als „total verunglückte Ausnahme" (Stölzle, 48) bezeichnet.

[73]) Anders der Vormund, der nach § 1833 seinem Mündel für jede schuldhafte Pflichtverletzung verantwortlich ist.

Zweiter Titel.

# Trennung von Zuständigkeit und Ausübung

## A. Ihre rechtliche Zulässigkeit im allgemeinen.

An der Gültigkeit des Grundsatzes der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt kann nach dem Vorhergehenden nicht mehr gezweifelt werden. Der dadurch entstehende Widerspruch mit den nach den Bedürfnissen des Lebens fast täglich abgeschlossenen Erziehungsverträgen läßt sich nur durch eine Trennung der elterlichen Gewalt in ihren Bestand und in ihre Ausübung lösen.

Jedes subjektive Recht stellt sich als eine Berechtigung dar, und diese Berechtigung ist „ein von einem Rechtssatz verliehener Vorteil“[1]). Die Betätigung dieses Vorteils ist die Ausübung des Rechts[2]). Daraus geht hervor, daß sich jedes subjektive Recht zusammensetzt aus einem „Wollendürfen“ (Bestand) und einem „wollenden Handeln“ (Ausübung)[3]). Freilich ist die Ausübung nur eine Erscheinungsform des Bestandes, und der Unterschied ist demnach nicht statisch, sondern liegt allein im Dynamischen.

Diese zunächst rein theoretische Unterscheidung zwischen Recht und Rechtsausübung hat aber auch ihre praktische Bedeutung. Diese zeigt sich z. B. bei der Anspruchsverjährung, bei der der Rechtsbestand aus Mangel an Betätigung zugrundegeht, und umgekehrt bei der Ersitzung, wo der Bestand des Rechts von der Ausübung in bestimmter Zeit und Form abhängig ist, wo also der Ausübung eines Rechts der Bestand folgt. Sie wird auch vom Gesetz ausdrücklich in vielen Bestimmungen anerkannt.

---

[1]) Fr. Leonhard, 147.
[2]) Ludewig, 32; v. Tuhr II § 92 I 2.
[3]) Gehring, 64.

Mit Hilfe dieser Zweiteilung kann sich ein subjektives Recht auch in verschiedenen Händen befinden. So ist die Ausübung von der Zuständigkeit getrennt, wenn sich der Inhaber eines Rechts zu seinem Vollzuge eines Werkzeugs bedient. Auch bei der Vertretung tritt das zutage, wenn der Vertreter durch sie in den Stand gesetzt wird, auf die Rechte des Vertretenen in irgendeiner rechtlich bindenden Weise einzuwirken[4]).

Daß auch die Ausübung der elterlichen Gewaltrechte durch andere Personen als ihre eigentlichen Inhaber stattfinden darf, ist nicht ganz unbestritten. Hier soll nämlich die Zuziehung Dritter nur gestattet sein, wenn z. B. der Vater außerstande ist, die betreffenden Erziehungsmaßregeln selber auszuführen. Diese Ansicht verlangt jedoch mehr als das Gesetz selber. Nach § 1627 ist der Vater nur verpflichtet, für die Person des Kindes zu sorgen. Davon, daß er diese Pflicht auch persönlich ausüben müsse, ist im Gesetz nichts gesagt. Das läßt sich auch nicht aus dem Sinn der Bestimmungen herauslesen. Die Art der Ausübung ist vielmehr ganz in sein Ermessen gestellt, und das Gesetz tut recht daran, wenn es solche Einzelentscheidungen ganz dem durch die Blutsverwandtschaft und schließlich durch § 1666 gebundenen Willen des Vaters überläßt.

Weiter wollte man die Zuziehung Dritter zur Personensorge nur in solchen Fällen zulassen, in denen eine „spezielle Maßregel tatsächlicher Art vorzunehmen und die väterliche Aufsicht über die Vornahme ebenso eine spezielle und praesente ist“[5]). Dadurch soll die Stellung des Dritten als eines bloßen „Vollstreckers des väterlichen Willens“ deutlich gemacht werden.

Eine solche Einschränkung steht aber in Widerspruch mit dem täglichen Leben, wo es unter gegebenen Umständen geradezu üblich ist, daß der Dritte die ihm übertragenen Sorgehandlungen in völliger Selbständigkeit und so unabhängig vom Gewalthaber ausübt, daß „die Beteiligten sich meist des Zusammenhanges mit der väterlichen Fürsorgepflicht garnicht bewußt“ sind[6]).

[4]) Vgl. auch den Pächter der Niessbrauchssache; auch dieser erwirbt nicht die Stellung des Niessbrauchers; Joseph, ZivArch. 119, 404.

[5]) [6]) Gehring, 65.

### B. Ihre rechtliche Bedeutung im besonderen.

Inwieweit solche Verträge doch ihre Gültigkeit haben und wie sie im einzelnen zu beurteilen sind, läßt sich mit allgemeiner Geltung überhaupt nicht sagen. Dazu sind die Spielarten der vorkommenden Vereinbarungen zu mannigfach. Gleichwohl lassen sich aber zwei Hauptgruppen unterscheiden: In der ersten übernimmt der andere nur Pflichten, in der anderen erhält er auch Rechte.

Verträge, durch die der Dritte bestimmt umgrenzte Pflichten dem Vater gegenüber übernimmt, sind rein schuldrechtlicher Art. Erhält der Dritte kein Entgelt dafür, so stellt sich das ganze Verhältnis als Auftrag i. S. des § 662 dar[1]). Hat sich aber der Gewalthaber in dem Vertrage zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet, so kann es sich je nach dem Inhalt der Abmachungen um einen Dienst- oder Werkvertrag, ja sogar um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. des § 676 handeln. Auch gemischte Verträge werden in diesen Fällen nicht selten sein, und geradezu als „klassischen Fall dieser Art“[2]) wird man den Pflegekindschaftsvertrag nennen dürfen.

Häufig finden sich auch Verträge, in denen es der Dritte ist, der den leiblichen Eltern eine Geldsumme für die Ueberlassung ihres Kindes verspricht, um so oder auch auf irgendeine andere Weise ein Recht auf die Ueberlassung zu bekommen. Der Inhalt solcher Abreden ist die gänzliche Uebergabe des Kindes in die Personensorge eines gesetzlich nicht Sorgeberechtigten.

Deshalb erscheint es hier allerdings am Platze, eine besonders sorgfältige Auslegung vorzunehmen und ihre Gültigkeit von der Erfüllung ganz bestimmter Voraussetzungen abhängig zu machen; denn die Gefahr liegt zu nahe, daß durch derartige Vereinbarungen eine tatsächliche „Preisgabe des Kindes an das Belieben des Dritten“[3]) nur bemäntelt werden soll. Ergibt sich das aus dem Vertrage, so würde dieser wegen Sittenwidrigkeit unbedingt nichtig sein. Die Schwierigkeit liegt jedoch gerade darin, die Grenzen zwischen nichtigen und gültigen Verträgen und ihre Voraussetzungen festzustellen.

[1]) [2]) Gehring, 67.
[3]) Gehring, 69.

Soweit es überhaupt möglich ist, allgemeine Richtlinien für solche Fälle zu geben, wird man sagen können, daß ein Vertrag der genannten Art nur dann gültig ist, wenn er nicht nur den Vater zur Ueberlassung und Zuführung seines Kindes verpflichtet, den Dritten dagegen lediglich berechtigt (also in diesem Sinne ein reines Schuldverhältnis wie zwischen Gläubiger und Schuldner herstellt), sondern wenn auch der Dritte zu wirklichen Personensorgehandlungen rechtlich verpflichtet ist[4]). Durch eine solche Abrede wird es sowohl den Parteien als auch ganz allgemein deutlich, daß eine Verfügung über das Kind nicht erfolgt ist; denn dann wird die Pflicht des Vaters auf Ueberlassung des Kindes nicht durch ein Recht auf der anderen Seite erzeugt; ihre Erfüllung ist vielmehr allein Voraussetzung dafür, daß der Dritte seinerseits erfüllen kann. Man wird also auch auf solche Verträge die einschlägigen Vorschriften über Arbeitsverhältnisse anwenden können.

Es ist auch die Forderung aufgestellt worden, daß ein solcher Vertrag nur für den andern Teil, nicht aber für den elterlichen Gewalthaber bindend sein dürfe, damit dieser das Recht behalte, sein Kind jederzeit zurückzufordern; denn sonst bedeute ja der Vertrag einen Verzicht auf den Herausgabeanspruch des § 1632, der aber als Ausfluß des Fürsorgerechts unverzichtbar sei.

Diese Ansicht würde zu praktisch ganz unhaltbaren Ergebnissen führen; denn wenn man dem Vater wirklich die völlig willkürliche Geltendmachung seines Rechts aus § 1632 zubilligen wollte, würde es dem Dritten in vielen Fällen einfach unmöglich sein, die vertraglich etwa übernommenen Erziehungspflichten zu erfüllen. Immer könnte der Vater eingreifen, ohne daß der Dritte auch nur das geringste Recht hätte, ihn daran zu hindern[5]).

Ob man auch Ueberlassungsverträge zwischen Ehegatten nach denselben Gesichtspunkten behandeln darf, kann fraglich sein; denn hier besteht doch immerhin das verwandtschaftliche Band, und es erscheint eigenartig, das durch schuldrechtliche Abreden ersetzen zu wollen. Da aber

[4]) Gehring, 68, 69.
[5]) Das nähere s. unten S. 58 ff.

solche Verträge tatsächlich geschlossen werden, sollen auch sie auf ihre Gültigkeit hin geprüft werden.

Dazu sind vorerst die Verträge zwischen geschiedenen Ehegatten von denen zwischen bloß getrennt lebenden zu scheiden.

Es erscheint als angemessen, Verträge zwischen geschiedenen Eltern ebenso zu behandeln, als würden sie zwischen dem gesetzlichen Sorgeberechtigten und einem Dritten geschlossen. Danach müßte der vertraglich Sorgeverpflichtete dem gesetzlich Sorgeberechtigten zur Leistung von Erziehungsmaßregeln am Kinde verpflichtet sein, wenn der Vertrag überhaupt Gültigkeit haben sollte.

Schwieriger ist die Rechtslage bei Verträgen zwischen bloß getrennt lebenden Elternteilen. Denn hier sind ja beide noch im Besitz der elterlichen Gewalt. Gleichwohl wird man auch in solchen Fällen ein echtes Schuldverhältnis annehmen dürfen[6]).

Inhaltlich ganz verschieden von den eben behandelten Fällen sind Verträge über die Ausübung des Verkehrsrechts nach § 1636. Auch hier sind zunächst zu trennen die Vereinbarungen, die mit einem aus § 1636 Verkehrsberechtigten getroffen werden, von denen, die einen Dritten berechtigen sollen.

Ein Vertrag der ersten Art ist als durchaus zulässig anerkannt, hat er doch ein Recht zum Gegenstande, das auch hier dem nicht sorgeberechtigten Elternteil ex lege zusteht. Aber die rechtliche Bedeutung einer solchen Abrede ist zweifelhaft.

Der Inhalt erstreckt sich darauf, daß der nicht sorgeberechtigte Ehegatte ein Recht auf ein bestimmtes Verhalten des anderen erlangt, wodurch dem vertraglich so Berechtigten die Ausübung seines Verkehrsrechts ermöglicht wird. Es handelt sich bei solchen Verträgen lediglich um eine genaue Substanziierung des dem vertraglich Berechtigten schon sowieso gesetzlich zustehenden Verkehrsrechtes. Der Ausschluß seines Verkehrsrechts wäre allerdings ein Verstoß

[6]) Gehring, 69.

[7]) Staud. § 1636 Anm. 6; Runge, 36; Webern, 33; Rosenthal, 86; Sommerfeld, 111; Planck § 1636 Anm. 7; Strauss, 39; Roch, 75 ff.

gegen die guten Sitten und der Vertrag infolgedessen nichtig[7]).

Für die rechtliche Beurteilung von Verträgen, die das Verkehrsrecht einem Dritten übertragen, ist folgender Satz aufgestellt worden: „Das durch § 1636 begründete Recht eines Ehegatten zum Verkehre mit dem Kinde, das höchstpersönlicher Natur ist, kann weder einem Dritten übertragen, noch durch einen Dritten ausgeübt werden“[8]).

Dieser Entscheidung ist nicht zuzustimmen. Zwar ist das Verkehrsrecht höchstpersönlicher Natur und „bezweckt ein Zusammensein behufs des gegenseitigen Sehens und der gegenseitigen Aussprache[9]). Auch können durch Uebertragung des Verkehrsrechts auf Dritte Personen mit dem Kinde in Berührung kommen, die der andere gesetzlich verkehrsberechtigte Elternteil aus besonderen Gründen lieber fernhalten möchte.

Daraus kann aber noch nicht die völlige Ungültigkeit solcher Verträge gefolgert werden; denn wie der vorliegende Fall zeigt, können auch Umstände eintreten, in denen der Zulassung eines Dritten — hier ist es die Großmutter der Kinder — nach Treu und Glauben nichts entgegengehalten werden kann. In vielen Fällen wird sich bei näherem Zusehen sogar herausstellen, daß nach solchen Abreden rechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten überhaupt nicht eingetreten sind[10]).

Bisher haben wir Fälle besprochen, in denen der Dritte Rechte nur dem Vater gegenüber hatte. Es ist aber im Leben eine ganz alltägliche Erscheinung, daß der Dritte auch dem Kinde gegenüber gewisse Rechte durch Vertrag erhält, sozusagen „dingliche Rechte“ am Kinde. Das tritt in Erscheinung z. B. bei der Kindergärtnerin, beim Hauslehrer, überhaupt bei allen Personen, denen durch den Personensorgevertrag die unmittelbare Einwirkung auf das Kind gestattet wird und die dadurch in gewissen Grenzen das Recht z. B. zur Aufenthaltsbestimmung und zur Züchtigung erhalten.

[8]) KGJ. 49, 29 (3. 3. 16).

[9]) An den Gründen des oben S. 52 unter Anm. 8 genannten Beschlusses; vgl. auch oben S. 10.

[10]) Wenn z. B. der Vater seinem Nachbarn empfiehlt, seinem Jungen ein paar Ohrfeigen zu geben, wenn er sich ungebührlich benimmt; vgl. auch unten S. 56 und oben S. 18, 19.

Wie man ein solches Rechtsverhältnis aufzufassen hat, ist nicht zweifelsfrei. Zur Klärung dieser Frage wird man die Abreden trennen müssen in solche, die eine Uebertragung der bloß verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind enthalten, und in solche, die echte Bestandteile der elterlichen Gewalt zum Inhalte haben. Bei den ersteren wird man dann die Rechte des Dritten einfach als solche Pflichten auffassen dürfen, die im Auftrage des Vaters am Kinde zu vollziehen sind. Sie würden also dadurch den im Vorhergehenden behandelten Verträgen entsprechen.

Bei dieser Behandlungsweise entsteht aber in den hier zur Untersuchung gestellten Fällen eine Schwierigkeit: Wie soll der Dritte Recht und Pflicht zur Erziehung dem Kinde gegenüber durchsetzen? Würde man diese allein als Pflichten gegenüber dem Vater auffassen, so hätte der vertraglich Erziehungsverpflichtete keinerlei Möglichkeiten, den auch nur geringsten Widerstand des Kindes zu brechen, ohne mit dem Strafgesetz (Nötigung, Freiheitsberaubung, Körperverletzung) in Konflikt geraten; dann nach der geltenden Rechtsordnung stehen sich ja doch Erzieher und Kind als Rechtssubjekte gegenüber.

Daß dieses Ergebnis im Hinblick auf die tatsächlichen Verhältnisse des Lebens unbefriedigend ist, leuchtet ein. Der Erzieher kann eben seine Aufgabe am Kinde nur erfüllen, wenn er auch rechtlich, nicht bloß tatsächlich dazu imstande ist.

In dieser Erkenntnis ist zwar die rechtsgeschäftliche Uebertragbarkeit des Erziehungsrechts von Wissenschaft[11]) und Praxis[12]) als zulässig anerkannt worden, aber damit allein ist ihre rechtliche Bedeutung noch nicht geklärt. Daß es sich hier nicht mehr um rein schuldrechtliche Vereinbarungen handelt, wird offenbar, wenn man bedenkt, daß dann auch immer nur der Vater dem Dritten auf eine Leistung verpflichtet würde; aber das Recht des Dritten am Kinde bliebe trotzdem ungeklärt.

Dem Versuch dieser Klärung sei noch einmal eine klare Problemstellung vorausgeschickt: Der Vertrag, der dem Dritten einen Anspruch nur dem Vater gegenüber gibt, ist —

[11]) Fischer, Rechtspflege in Bauyern 1905, 505.
[12]) RGST. 33, 33.

wie gezeigt wurde — nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen: Der Vater ist durch ihn verpflichtet, kraft seiner ihm aus der elterlichen Gewalt zustehenden Herrschaftsstellung auf das Kind so einzuwirken, daß der Dritte seine vertraglich übernommenen Erziehungsmaßrageln am Kinde anbringen kann. Bei den jetzt vorliegenden Verträgen soll aber untersucht werden, durch welchen Rechtsvorgang der Dritte in die Lage gebracht wird, gleichsam „dingliche" Rechte am Kinde zu haben und auszuüben.

Man könnte hier zunächst an ein familienrechtliches Verhältnis denken, kraft dessen der Dritte wie der Vater auf das Kind einwirken kann. Dem widersprechen aber mehrere Gründe: Vor allem fehlt dem Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Kinde die natürlich-sittliche Grundlage, die dem ganzen Familienrecht innewohnt. Sodann würde sich ein Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Kinde nach der vorgetragenen Auffassung in wesentlichen Punkten von der elterlichen Gewalt unterscheiden. Unverzichtbarkeit und Ausschließlichkeit bei diesen würden der freien Verzichtmöglichkeit und der deshalb durchaus relativen Stellung des Dritten gegenüberstehen. Ferner unterliegt ein Dritter nicht der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts (§ 1666); auch käme ihm die erleichterte Haftung aus § 1664 nicht zugute, und praktisch würde die abgelehnte Auffassung dazu führen, daß ein durch Scheidungsurteil von der Personensorge ausgeschlossener Elternteil sich eine familienrechtliche Stellung durch Rechtsgeschäft wiederverschaffen könnte[13]).

Wenn der Dritte einerseits keine Sonderstellung einnimmt, andrerseits aber doch Rechte hat, so kann er diese nur vom Vater herleiten. Die Betätigung dieser Rechte erfolgt nun aber nicht in Vertretung des Vaters, sondern im eigenen Namen; dann durch die Abmachung mit dem Dritten ist ja der Vater seiner Rechtspflicht nicht enthoben. Auf die so geschaffene Rechtslage wird man am besten den Begriff der familienrechtlichen Treuhänderschaft anwenden und dementsprechend sagen können: Der Dritte handelt zwar im eigenen Namen, aber im fremden Interesse.

Damit ist freilich noch nicht erklärt, wo der Dritte die Rechtsmacht dem Kinde gegenüber her hat. Man wird sie

[13]) Gehring, 72.

auf eine Ermächtigung des Vaters zurückführen müssen, so daß der Vertrag zwei Teile enthalten würde: Die schuldrechtliche Vereinbarung, die zwischen den Parteien Rechte und Pflichten begründet, und die Ermächtigung, kraft deren der Dritte das Recht zur unmittelbaren Einwirkung auf das Kind erhält.

Der Hauptunterschied, der zwischen dieser Ermächtigung und derjenigen besteht, die in den §§ 166 ff. behandelt ist, scheint darin zu liegen: Durch die Ermächtigung der §§ 166 ff. wird der Ermächtigte befugt, auf das Vermögen des Ermächtigenden in einer bestimmten Form einzuwirken. Hier bei der familienrechtlichen Ermächtigung soll aber der Dritte befugt sein, auf einen Menschen einzuwirken, also auf ein Objekt, das als Mensch selber Rechtssubjekt ist und als solches unmöglich zum „Vermögen" eines andern gehören kann. Der Dritte erhält also hier eine Machtstellung, die mindesten eigenartig ist.

Und doch ist sie möglich aus folgender Erwägung heraus: Die Rechtssubjektseigenschaft des Kindes ist keine unbeschränkte, sondern schon dem Vater gegenüber stark begrenzt. Dieses Recht erlangt auch der Dritte, wenn er vom Vater ermächtigt wird, so daß das Kind seiner unmittelbaren Einwirkung in keinem stärkeren Maße ausgesetzt ist, als unter der Gewalt des Vaters. Die Eigentümlichkeit der dadurch für den Dritten geschaffenen Stellung liegt darin, daß das Kind ihm gegenüber keinerlei Ansprüche hat. Daher „nähert sie sich dem Typus der Hrrschaftsrechte"[14]).

Zusammenfassend ist also zu sagen: Wenn das dem Dritten durch Ermächtigung eingeräumte Recht auch kein familienrechtliches ist, so ist es einem solchen doch seinem Inhalte nach gleich: Vater und Dritter haben die gleiche Machtbefugnis dem Kinde gegenüber. Die Unterschiede liegen lediglich im Entstehen und in der Beendigung der beiden Rechte. Das Recht des Dritten ist stets abhängig und abgeleitet von dem des Vaters[15]) und ist immer frei verzichtbar.

Für die Erteilung dieser Ermächtigung ist eine bestimmte Form nicht erforderlich. Daraus und aus der Man-

[14]) v. Tuhr I, 168.
[15]) Ludewig, 35.

nigfaltigkeit der Erscheinungen, in denen solche Verträge im täglichen Leben auftauchen, ergeben sich im großen Ganzen vier Hauptfälle:

In der Regel wird die Ermächtigung als stillschweigend erteilt in der Tatsache des Vertragsschlusses zu finden sein. Das gilt besonders für Verträge mit Dritten und zwischen geschiedenen Ehegatten.

Daneben aber können drei ganz andersgeartete Fälle vorkommen: Einmal bei Verträgen zwischen bloß getrennt lebenden Ehegatten. Hier sind beide Elternteile de iure erziehungsberechtigt (§§ 1627, 1634), also auch beide im Besitze der Rechtsmacht, die sonst Gegenstand der Ermächtigung ist. Bei dieser Sachlage ist also eine solche Ermächtigung überflüssig und kann deshalb auch nicht als stillschweigende im Abschluß des Vertrages gesucht werden.

Ebenso kann eine solche Ermächtigung ohne einen schuldrechtlichen Vertrag erteilt werden, wenn z. B. der Vater seinem Nachbarn empfiehlt, seinem Sohn ein paar Ohrfeigen zu geben, „wenn er ihn auf seinen Obstbäumen antrifft“[16]).

Die letzte Möglichkeit bietet der Fall des § 113. Hier liegt in der Ermächtigung an das Kind, in Dienst oder Arbeit zu treten, zugleich die Ermächtigung des Dritten, vom Abschluß des Vertrages mit dem Kinde an dessen Aufenthalt zu bestimmen und in einigen Fällen auch für seine Erziehung zu sorgen.

Der Umfang der durch die Ermächtigung erlangten Rechtsmacht kann eng oder weit sein. Sie kann sich auf eine ganz bestimmte Erziehungsmaßregel beschränken oder sie kann die Ausübung der Kindesfürsorge in das freie Ermessen des Ermächtigten stellen, wenigstens insoweit, als er nicht durch den Zweck der Fürsorge gebunden ist. Die größte Rechtsmacht wird einem Dritten durch den Pflegekindschaftsvertrag verliehen. Seine rechtliche Zulässigkeit ist in Ansehung der schuldrechtlichen Vereinbarungen wie auch der dem Dritten erteilten Ermächtigung unbestritten.

Nur von einer Seite ist gefordert worden, daß die Erziehung nicht beliebig durch einen Vertreter vorgenommen

[16]) Gehring, 74; vgl. auch oben S. 52.

werden dürfe; wo das aber tatsächlich geschehe, handle es sich um einen Verstoß gegen „die wichtigsten Grundsätze der Volkserziehung". Deshalb dürfe der Dritte nur in einem von vornherein festumgrenzten Umfange und stets nur als „Gehilfe des Vaters" zur Erziehung herangezogen werden[17]).

Wenn sich die h. L. dieser Ansicht — mit Recht — nicht angeschlossen hat, so handelt sie wohl vor allem unter dem Zwange der praktischen Notwendigkeit; denn wenn auch im Anschluß an die Motive[18]) nur die Ausübung in der geschilderten Unbeschränktheit übertragen werden darf, so ist das eben nur ein theoretischer Ausweg aus den Schwierigkeiten, die sich aus dem praktischen Erfordernis, die Uebertragung der Ausübung unbeschränkt zuzulassen, und den rechtspolitischen Gründen, die dagegen sprechen, ergeben.

Rechtspolitisch ist die hier angeschnittene Frage von der allergrößten Bedeutung; denn die elterliche Gewalt ist ein „Recht von Gottesgnaden"[19]) und dieses wird, auch wenn es seinem Bestand nach unveräußerlich bei den Eltern verbleibt, tatsächlich doch völlig außer Kraft gesetzt, sofern eben eine Uebertragung der persönlichen Fürsorge in so allgemeiner Weise erfolgt, wie es nach der hier vertretenen Ansicht statthaft ist.

---

[17]) Gimmerthal, 72.
[18]) Mot. IV, 752.
[19]) Gierke, Entw., 473.

Dritter Abschnitt.

# Die Wirksamkeit der Verträge insbesondere ihr Einfluß auf die nach außen hin wirkenden Gewaltrechte des Vaters

## A. Fragestellung.

Erziehungsverträge der so gekennzeichneten Art sind also gültig. Daraus folgt, daß der Vater, der sein Kind vom Gegner eines solchen Vertrages zurückverlangt, sich nicht ohne weiteres auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen kann. Er hat sich vielmehr nach den allgemeinen, auch für die Schuldverhältnisse maßgebenden Vorschriften über die Beendigung und Auflösung von Verträgen zu richten[1]).

Mit dieser Feststellung allein sind jedoch noch nicht alle Schwierigkeiten, die die Auflösung solcher Verträge bieten, behoben. Ein Erziehungsvertrag ist ja nach dem Vorstehenden nur dann als gültig anzusehen, wenn durch ihn lediglich die Ausübung der Personensorge übertragen wird, das Recht selbst aber seinem Bestande nach beim Vater verbleibt. Damit bleibt ihm jedoch naturgemäß auch der Herausgabeanspruch des § 1632. Deshalb müsse, so meint die h. L., der Vater die Möglichkeit haben, den Vertrag jederzeit zu widerrufen[2]), ja, es ist diese Meinung sogar damit begründet worden, daß ihre „konsequente Anwendung nach dem Geiste des geltenden Rechtes eine absolute Notwendigkeit" sei[3]).

[1]) O-Blume § 1627 Anm. 2 II.

[2]) Danziger, 36 ff.; Gehring, 78; André, 30. SeuffArch. 59, 71 (OLG. Bamberg 26. 8. 03.); WarnRspr. 1912 Nr. 125 (RG. 23. 12. 11.).

[3]) Danziger, 37, 38.

Ganz offensichtlich werden hier zwei Dinge miteinander vermengt: Die Widerruflichkeit des Vertrages und die Geltendmachung des Herausgabeanspruches. Beides ist aber ebenso streng auseinanderzuhalten, wie obligatorische und dingliche Rechte unter anderen Rechtsverhältnissen; denn man kann eben den Herausgabeanspruch mindestens als einen quasi-dinglichen Anspruch bezeichnen, dessen Geltendmachung zwar dem Vater das Kind zurückbringen, ihn aber nicht von seinen vertraglichen Verpflichtungen befreien kann. Diese hat er wie bei allen anderen Verträgen zu erfüllen oder bei Nichterfüllung Schadensersatz zu leisten, wenn er seinen Herausgabeanspruch widerrechtlich ausübt.

Dasselbe gilt natürlich entsprechend für den Widerruf der Ermächtigung, von deren Bedeutung oben[4]) gehandelt worden ist.

## B. Ihre Prüfung.

Grundsätzlich wird man also eine Beschränkung des Vaters in der freien Geltendmachung seines Herausgabeanspruches durch einen Erziehungsvertrag anerkennen müssen.

Diese Ansicht entspricht auch allein den praktischen Bedürfnissen: Ein Vertrag, durch den ein Vater einem Dritten die Fürsorge für sein Kind überträgt, setzt auf Seiten des Vaters ein Verhalten voraus, das dem Dritten die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten auch ermöglicht. Da nun die Erfüllung eines solchen Vertrages am Kinde selbst vorgenommen wird, und dieser sich in einem solchen Falle auch auf eine gewisse Zeit erstrecken muß, so erscheint es selbstverständlich, daß der Vater währenddem die Herausgabe des Kindes nicht verlangen kann. Diese Entscheidung liegt im Interesse ebenso des Kindes wie des Erziehungsverpflichteten.[1]).

Die ihr zugrundeliegende Ansicht findet auch eine Stütze in § 127 d GewO. Danach kann der Lehrherr, wenn der gewerbliche Lehrling „in einem durch dieses Gesetz nicht bestimmten Falle“ die Lehre verläßt, „den Anspruch auf

---

[4]) Vgl. oben S. 55, vgl. auch unten S. 70 ff.

[1]) Vgl. auch oben S. 50.

Rückkehr nur geltendmachen", wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen ist. Ist dies aber der Fall, so kann er sowohl das Verbleiben des Lehrlings in der Lehrstelle wie auch seine Rückkehr mittels polizeilicher Hilfe, gegebenenfalls auch gegen den Willen des Vaters, durchsetzen[2]).

Hier ist also durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung die Geltendmachung des väterlichen Herausgabeanspruches als durch Vertrag ausschließbar anerkannt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes; denn wenn dort gesagt ist, der Lehrherr könne den Anspruch auf Rückkehr des Lehrlings nur geltendmachen, wenn der Lehrvertrag schriftlich abgeschlossen ist, so wird damit dieser Anspruch an sich doch als selbstverständliches vertragliches Recht anerkannt und nur seine Geltendmachung von der Formvoraussetzung der Schriftlichkeit des Vertrages abhängig gemacht. Wenn aber der Lehrherr schon einen eigenen Anspruch auf das Kind hat, so hat er damit auch eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch des Vaters als ebenso selbstverständliches vertragliches Recht[3]).

Um dieser Vorschrift ihre Beweiskraft für die hier vertretene Meinung zu nehmen, bezeichnen sie die Gegner als Ausnahmebestimmung[4]). Das ist sie auch zweifellos insoweit, als hier die Gewerbeordnung einmal polizeilichen Zwang zur Aufrechterhaltung und Durchführung eines Vertrages für zulässig erklärt[5]).

Im übrigen aber kann eine Ausnahmenatur des § 127 d GewO. nicht anerkannt werden; denn es ist nicht einzusehen, warum, wenn im Gewerberecht Privatabmachungen über den Herausgabeanspruch möglich sind und Geltung haben, sie für den Geltungsbereich des BGB ausgeschlossen sein sollen. Die Gründe, die für eine solche Ausnahmestellung des § 127 d GewO. auch in sachlicher Hinsicht angeführt werden, sind nicht stichhaltig.

[2]) Gruch. 47, Nr. 978 (RG. 7. 5. 03.); Staud. § 1631 Anm. I 5 d; Planck § 1632 Anm. 2; Kipp § 79 IV; Spahn, 90; — a. A. Eck, 59.

[3]) Planck § 1632 Anm. 2.

[4]) Mot. IV, 752; Gruch. 47 Nr. 978; Scherer, 325; Danziger, 37.

[5]) Was in § 91 b Abs. V GewO. als Ausnahmebestimmung auch ausdrücklich hervorgehoben wird.

Wenn nämlich gesagt worden ist, die Ausnahmebestimmung des § 127 d GewO. sei mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse gegeben, so kann damit nichts Anderes gemeint sein, als eine im Interesse des Lehrlings liegende Dauerhaftigkeit seiner Lehrstelle. Daß gerade die durch die Möglichkeit der willkürlichen Rückforderung des Kindes gefährdet werden könnte, leuchtet ein. Aber das muß dann auch für Erziehungsverträge gelten und bei ihnen sogar umsomehr deshalb, weil hier die Erziehungsziele im Vergleich mit denen des Lehrvertrages viel schwerer erreichbar, aber auch ungleich wichtiger sind; denn ein Lehrvertrag ist vor allem auf die Vermittlung technischer Fertigkeiten gerichtet; der Erziehungsvertrag in dem hier besprochenen Sinne verfolgt hingegen eine sittliche Vervollkommnung des Kindes und wird vielfach gerade über solche Kinder abgeschlossen, die pädagogisch besonders schwer zu behandeln sind, bei denen also eine gewisse Stetigkeit in den Erziehungsmaßregeln ganz besonders wichtig ist.

Wenn man weiter eingewendet hat, der Lehrvertrag erstrecke sich stets nur auf eine bestimmte Zeit, und auf einen bestimmten Zweck, so daß hier eine Ausnahmestimmung wie die des § 127 d Gew. durchaus am Platze sei, so ist das an sich richtig. Gleichwohl ist damit nicht bewiesen, warum nicht auch zeitlich bestimmt begrenzte Erziehungsverträge ebenso behandelt werden sollen.

Da also ein sachlicher Unterschied zwischen einem allgemeinen Erziehungsvertrage und einem Lehrvertrag nicht besteht, so ist die Ansicht, § 127 d GewO. sei eine Ausnahmebestimmung, nicht mehr haltbar. Demnach ist auch das Lehrverhältnis nur ein Betätigungsgebiet der einheitlichen Personensorge. Seine Normen müssen also auch für diese gelten; sonst hätte auch mit Inkrafttreten des BGB die Bestimmung der damaligen §§ 130 ff. GewO. aufgehoben werden müssen. Der die Abänderungen der GewO. enthaltende Art. 36 EGBGB erwähnt aber die genannten Vorschriften ausdrücklich nicht. Vielmehr ist der § 127 erst im Jahre 1897, d. h. nach Fertigstellung des BGB, wieder mit in die Gewerbeordnung aufgenommen worden.[6])

---

[6]) Gehring, 88.

In der Literatur und von der Rechtsprechung[7]) ist eine Beschränkung des Vaters in der freien Geltendmachung des Herausgabeanspruchs im allgemeinen als unwirksam abgelehnt und die Behauptung aufgestellt worden, daß auch dort, wo ein ausdrücklicher Vorbehalt bezüglich des Herausgabeanspruchs im Vertrag selbst fehle, der Vater doch das Recht behalte, sein Kind jederzeit von einem Dritten herauszuverlangen[8]). Sogar die Ansicht ist vertreten worden, daß, wenn auch die väterliche Fürsorgestellung die Ueberlassung des Kindes an einen Dritten und damit die Nichtausübung des Herausgabeanspruches notwendig machen könne, trotzdem eine vertragliche Bindung in dieser Richtung entweder sittenwidrig (§ 138) oder mit dem Wesen der elterlichen Gewalt unvereinbar und daher der Vater auf alle Fälle berechtigt sei, seinen Herausgabeanspruch jederzeit geltendzumachen[9]).

Daß diese strenge Ansicht nicht nur jede Rechtssicherheit untergraben, sondern in vielen Fällen dem Wohle des Kindes geradezu zuwiderlaufen muß, war bereits erwähnt worden. In dieser Strenge wird daher die dargestellte Meinung hier abgelehnt.

Abgelehnt wird aber auch die Ansicht, die eine Bindung des Vaters an vertragliche Abmachungen schlechthin befürworten will. Das hat das Kammergericht getan, wenn es einen Vertrag, durch den sich Ehegatten während der Scheidung zur Ueberlassung des Kindes an den nach § 1635 nicht sorgeberechtigten Teil verpflichten, für bindend und ein Einrederecht gegen den Herausgabeanspruch begründend erklärt[10]). Wenn auch dieses Urteil nur den Fall der Ehe-

[7]) WarnRspr. 1920 Nr. 17 (RG. 29. 9. 19.); Gruch. 64, 116 (RG. 29. 9. 19.); Recht. 1917 Nr. 232 (OLG. Stuttgart 8. 12. 17.); OLG. 23, 43 (KG. 31. 1. 11.); OLG. 6, 60 (10. 12. 02.); Recht 1904, 2617 (KG. 26. 11. 04); SächsArch. 1906 Nr. 72 (OLG. Dresden 27. 2. 06.); RG. 60, 266 (3. 3. 05.); Gruch. 50, 999 (RG. 22. 3. 06).

[8]) RGR-Komm. § 1631 Anm. 2; Planck § 1631 Anm. 1 i; Mot. IV, 752, 753, 754; Crome, 499 Anm. 28. Opet 217. Oppenheim JW. 1918, 728; Eckardt, 52 ff. Spahn, 90.

[9]) Bei Gehring, 84.

[10]) OLG. 1, 278.

scheidung betrifft, so scheint nach seiner Begründung die ihr zugrundeliegende Meinung auch ohne weiteres auf Verträge zwischen nicht geschiedenen Ehegatten Geltung haben zu sollen.

Aber wenn auch das Sorgerecht jedem Elternteil durch §§ 1627 und 1634 selbständig eingeräumt ist, so würde eine Vereinbarung, durch die die Mutter dieses Recht zur alleinigen Ausübung erhält, nichts Anderes als einen Verzicht des Vaters auf seine elterliche Gewalt bedeuten.

Ebenso verhält es sich mit derartigen Verträgen zwischen bereits geschiedenen Ehegatten[11]). Im gemeinen Recht bildete freilich das Erziehungsrecht „den Gegenstand einer von einer gewissen Freiheit des Ermessens abhängigen richterlichen Zusprechung"[12]), so daß hier die Möglichkeit, die Verteilung der Kinder untereinander durch einen schlechthin verbindlichen Vertrag zu regeln, vielleicht gegeben gewesen wäre. Im BGB ist aber die Verteilung der Kinder zwingend geregelt (§ 1635) und dadurch jeder privaten Vereinbarung entzogen. Wenn demgegenüber die Meinung vertreten worden ist, das Erziehungsrecht des sorgeberechtigten Teils werde durch § 1635 Abs. I nur „zeitweilig in der Ausübung ausgeschaltet, nicht aber aufgehoben"[13]), so steht sie mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch und kann nicht als richtig gelten; denn nach § 1635 kann von einer nur zeitweiligen Ausschaltung eines Elternteils von der Personensorge nicht gesprochen werden.

Diese Ansicht für unbeschränkte Verbindlichkeit von Erziehungsverträgen bezüglich des Herausgabeanspruchs findet sich auch für Vereinbarungen zwischen dem gesetzlich Sorgeberechtigten und einem Dritten. So hält es Köhne für „nicht unzweifelhaft, ob dem die Herausgabe des Kindes fordernden Vater nicht von Dritten die Einrede vertragsmäßiger Ueberlassung des Kindes entgegengesetzt werden" könne[14]). Dieser Satz findet sich bei Köhne im Anschluß an die Feststellung, daß das im ersten Entwurf enthaltene „Verbot eines Verzichts gestrichen worden ist". Daraus und aus der Fassung des angeführten Zitates („ob . . . nicht")

---

[11]) Endemann, 275. Anm. 67.
[12]) So zitiert bei Gehring ohne nähere Quellenangabe.
[13]) Endemann, 275 Anm. 67.

läßt sich schließen, daß Köhne mehr der Bejahung einer vertraglichen Bindung zuneigt. Auch dieser Auffassung muß unter Berufung auf das vorher Gesagte entgegengetreten werden.

Hier wird vielmehr der Standpunkt der nur grundsätzlichen Bindung vertraglicher Abmachungen gegenüber dem Herausgabeanspruch beibehalten, die Zulässigkeit dieses Anspruchs gegen einen vertraglich zur Erziehung eines Kindes Verpflichteten also nicht schlechthin abgelehnt, aber auch nicht schlechthin anerkannt. Gleichzeitig damit wird aber auch zugegeben, daß Merkmale aufgestellt werden müssen, nach denen sich die willkürliche Geltendmachung des Herausgabeanspruchs verhindern, aber auch einer berechtigten Klageerhebung Rechnung tragen läßt. Im Bemühen daraum haben Wissenschaft und Praxis die verschiedensten Möglichkeiten aufgezeigt. Es sind dabei zwei Wege zu unterscheiden: Der eine, der schon die Klagbegründung nur auf bestimmte Fälle beschränken will; der andere, der dem Beklagten ein Einrederecht zubilligt.

So hat das OLG. Dresden[15]) den Ehemann und Vater als „nichtbehindert" bezeichnet, „vergleichsweise für jene Zeit auf Erhebung des Herausgabeanspruchs gegen die Mutter rücksichtlich des Kindes zu verzichten". Gemeint ist damit die Dauer des Ehescheidungsprozesses.

Eine Begrenzung dieser Art kann immer verwandt werden, nur muß sie klar und die Ueberlassung auf einen bestimmten, in seiner Beendigung deutlich abgegrenzten Zeitraum vereinbart sein.

Die Abstellung auf eine „kürzere" Frist[16]) kann dagegen wohl nicht genügen; denn einmal ist sie unklar und öffnet Willkür und Unlauterkeit bezüglich ihrer Auslegung Tor und Tür. Zum anderen würde sie aber oft auch auf die Zeit während der Ehescheidung angewendet werden, und dann bisweilen gerade zu Unrecht, weil sich ja Eheprozesse mitunter über mehrere Jahre hinziehen.

Daß eine solche zeitliche Schranke auch in Verträge mit Dritten aufgenommen werden kann, wird kaum abzu-

[14]) Köhne, 601.
[15]) SächsArch. 1907, 497 (7. 3. 07).
[16]) André, 32.

lehnen sein; denn sie ist ja doch das einfachste und klarste Mittel, um jede Aehnlichkeit eines solchen Vertrages mit einer Verzichtserklärung auszuschließen. Man wird indessen nicht verlangen können, daß eine solche Zeitbestimmung stets ausdrücklich vereinbart werde. Sie ist auch als stillschweigend indirekte Abmachung denkbar, etwa in Form einer Kündigungsfrist für den der Ueberlassung zugrundeliegenden Erziehungsvertrag[17]).

Freilich kann eine zeitliche Begrenzung nicht allein ausschlaggebend sein. Gerade in so schwierigen Verhältnissen, wie sie Erziehungsverträgen zugrundeliegen und wie diese mit sich bringen, können Fälle eintreten, die eine Rückforderung des Kindes vor der Zeit notwendig machen. Streitig ist jedoch, auf welche Weise auch sachlich eine vorzeitige Rücknahme zu rechtfertigen ist.

In erster Linie ist als Grund für eine Rücknahme des Kindes vor der Zeit ein wichtiger Grund bezeichnet worden[18]). Damit sind offenbar alle Fälle überwiegender Kindesinteressen gemeint. An sich gelten aber auch solche Gründe als wichtig, die nicht Kindesinteressen, sondern Interessen der Eltern entspringen. Auf diese Weise jedoch wird der Kreis der doch immerhin als Ausnahme geltenden Bestimmungen zu groß, denn dann müßte der andere Vertragsteil immer mit der Möglichkeit rechnen, wegen eines wichtigen Grundes zur Unterbrechung seiner Erziehungsarbeit und zur Herausgabe des Kindes gezwungen zu werden, auch ohne daß es das Interesse des Kindes fordert, nur aus rein subjektiven Gründen des Vaters. Dieser könnte dann Sehnsucht nach dem Kinde, Gewissensbedenken gegen die Erziehung seines Kindes durch einen Dritten und „ähnliche, für den Dritten fast unwiderlegbare, weil rein innere Momente, jederzeit wirksam geltendmachen“[19]) und auf diese Weise auch und gerade das Interesse des Kindes durch fortgesetzten Wechsel der Erzieher ernstlich gefährden. Auch wenn man als wichtigen Grund nur wirtschaftliche Verhältnisse des Vaters gelten lassen wollte — etwa Zahlungsschwierigkeiten bezüglich des Pensions- oder Schul-

---

[17]) Gehring, 99.
[18]) André, 32.
[19]) Gehring, 99.

geldes — so muß auch das als mit den allgemeinen Rechtsregeln unvereinbar zurückgewiesen werden; denn auch im Familienrecht ist von den Vertragsparteien zu verlangen, daß sie sich schon bei Abschluß eines Vertrages dessen schuldrechtlichen Wirkungen klarmachen.

Nach anderer Meinung soll ein Rückforderungsrecht außer der Zeit dann bestehen, wenn der Vertrag „dem Wohle des Kindes" widerstreitet[20]). Auch diese Begründung erscheint als unklar und zuweitgehend; denn sie läßt die Ansicht zu, daß es allein auf das rein subjektive Wohlergehen des Kindes ankomme. Das aber kann kein Merkmal sein, an dem man die Berechtigung einer vorzeitigen Rückforderung ermessen könnte.

Deutlicher erscheint die Abstellung auf das „wahre Wohl" des Kindes[21]). Wenn man darunter nicht sein augenblickliches Wohlergehen, sondern seine gesamte Persönlichkeit versteht, so erscheint der genannte Ausdruck hinreichend klar und bietet vor allem einen objektiven Maßstab.

Es war schon erwähnt worden, daß auch der Beklagte die Möglichkeit haben kann, unter gegebenen Voraussetzungen die Herausgabe des Kindes einfach zu verweigern. So gesteht ihm die h. L. mit Recht die Arglisteinrede des § 226 zu. Ihre Anwendung ist aber nicht ganz unbestritten. Danziger[22]) leugnet ihre Anwendbarkeit in diesem Falle, indem er den Herausgabeanspruch zu den Rechten zählt, „die durch den Tatbestand, an den sie geknüpft sind, soweit gerechtfertigt werden, daß es nicht angeht, eine Erörterung darüber zuzulassen, ob der Ausübung nicht Schikane zugrundeliegt"[23]). Diese Ansicht ist aber unhaltbar, weil die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs anerkannten Rechtes auch einer Nachprüfung durch das Vormundschaftsgerichts unterliegt, dahingehend, ob sie etwa einen Rechtsmißbrauch darstelle. Eine solche Prüfung geht naturgemäß viel weiter, als etwa eine Erörterung, ob vielleicht aus Arglist gehandelt werde, gehen würde, so daß nicht einzusehen ist, warum diese letztere im Parteistreitverfahren ausgeschlossen sein sollte.

[20]) Knitschky, 57.
[21]) Gehring, 100.
[22]) Danziger, 39.
[23]) Jakubetzky, 594.

Wenn diese Einrede demnach an sich als durchaus ananwendbar bezeichnet werden muß, so kann ihre praktische Brauchbarkeit für den Beklagten doch mit Recht bezweifelt werden. Der Beklagte müßte nämlich beweisen, daß mit der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ausschließlich der Zweck der Schadenszufügung verfolgt werde, ein Beweis, der ihm in diesem Falle kaum je gelingen dürfte, so daß also dem Herausgabeverlangen des Vaters stets stattgegeben werden müßte.

Ganz anders liegt es bei der Einrede wegen verbotener Eigenmacht. Eine solche Einrede ist deswegen von vornherein unzulässig, weil sie sich auf Vorschriften aus dem Sachenrecht stützt und dieses sich nur auf Sachen im Sinne des § 90 bezieht[24]). Ein Kind ist aber keine „Sache" im Sinne des Gesetzes[25]). Auch lassen diese Bestimmungen ihrer ganzen Natur nach eine analoge Anwendung nicht zu; denn sie dienen dem Schutze des Besitzes, und „Besitz" am Kinde gibt es nicht[26]). Wenn das gelegentlich behauptet wird[27]), so ist das lediglich ein Ueberbleibesel gemeinrechtlicher Anschauungen[28]).

Wie mit der eben behandelten Einrede verhält es sich auch mit der Einrede aus § 273. Auch diese Vorschrift ist dem Familienrecht völlig fremdartig, weil sie ihrem Zweck und ihrer Gestaltung nach für vermögensrechtliche Verhältnisse gegeben ist[29]). Außerdem ist ein Kind kein „Gegenstand" im Sinne dieser Vorschrift[30]); und wenn tatsächlich der Dritte gegen den Vater Forderungen hat, die aus „Verwendung auf den Gegenstand" herrühren, würde ihm das Zurückbehaltungsrecht doch nicht zustehen, weil die erforliche Einheitlichkeit des Lebensverhältnisses eben fehlt[31]).

Das Gleiche gilt für die Einrede aus § 1000; und daß der Beklagte nicht die Einrede der Verjährung geltend-

---

[24]) SeuffArch. 59, 71 (OLG. Bamberg 26. 8. 03.).
[25]) Staud. § 90 Anm. 2 a.
[26]) Kipp, 292; Stölzle, 52.
[27]) RGR-Komm. § 1632 Anm. 1.
[28]) Sarwey, 32, 24.
[29]) Knitschky, 161.
[30]) Gehring, 90.
[31]) Staud. § 1632 Anm. 2 b ß

machen kann, um etwa dadurch seine Widerrechtlichkeit auszuschließen, folgt aus § 194 Abs. II[32]).

Der Einwand des Rechtsmißbrauchs dagegen wird allgemein anerkannt. Nur in der Begründung ist vor allem die Rechtsprechung des Reichsgerchts schwankend. Einigkeit scheint jedoch darüber zu herrschen, daß sich dieser Einwand nicht auf das Interesse des Kindes, sondern nur auf das zwischen den Eltern bestehende Rechtsverhältnis stützen könne, daß dieses also durch das Herausgabeverlangen des Vaters verletzt sein müsse.

In einem Urteil vom 26. 10. 23[33]) begründet das Reichsgericht diesen Standpunkt mit § 1354 Abs. II, indem es ausführt, die Vorschrift des § 1666 könne nicht herangezogen werden, weil diese nur ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts und dann nur bei Gefährdung von Kindesinteressen zulasse. Hier handle es sich aber gerade um das Interesse der Mutter. Dieses könne daher nur dann berücksichtigt werden, wenn das Verhalten des Vaters sich als Mißbrauch seines ihm nach § 1634 Satz 2 zustehenden Entscheidungsrechts darstelle; denn auch die Mutter habe nach § 1634 das Sorgerecht und dieses gehöre daher zu den das gemeinschaftliche Eheleben betreffenden Angelegenheiten des § 1354. Daher könne die Mutter allein auf Grund dieser Vorschrift die Herausgabe des Kindes wegen Rechtsmißbrauches verweigern.

Diese Heranziehung des § 1354 bedeutet eine bedenkliche Verwischung der Grenzen, die im Gesetz zwischen der Stellung des Mannes als Ehegatte und seiner Stellung als Vater gezogen sind. Das Recht des Vaters am Kinde bestimmt sich nach § 1634 und geht nach dieser Vorschrift dem mütterlichen Rechte am Kinde ohne Zweifel vor. Tatsächlich gehört freilich auch dieses Gebiet zu den das gemeinschaftliche Eheleben betreffenden Angelegenheiten des § 1354. Aber durch die ausdrückliche Bestimmung des § 1364 unterliegt es den besonderen Vorschriften der §§ 1627 ff. und gem. § 1634 Satz 2 der ausschließlich väterlichen Entscheidung.

[32]) Staud. § 1632 Anm. 5; Schubert, 48.
[33]) RG. 55, 42.
[34]) Gruch. 51, 820.

Wenn dabei der Vater sich eines Rechtsmißbrauchs schuldig macht, so ist die Mutter gleichwohl zur Herausgabeverweigerung berechtigt

In einem Urteil vom 15. 11. 06[34]) begründet das Reichsgericht diese Berechtigung damit, daß der Vater „bei der von ihm getroffenen Anordnung garnicht in Ausübung des Rechts der Sorge für die Person" handle, er mithin durch § 1634 Satz 2 bei dem aus § 1632 erhobenen Herausgabeverlangen auch nicht gedeckt werden könne.

Diese Begründung erscheint formalistisch und könnte dadurch ersetzt werden, daß man sagt: Der Vater verstößt bei ungerechtfertigter Geltendmachung des Herausgabeanspruchs gegen den auch das ganze Familienrecht beherrschenden Grundsatz, daß die subjektiven Rechte nicht schrankenlos sind, sondern ihre Grenzen in der Pflicht des Berechtigten haben, auf die berechtigten und erst recht auf die gesetzlich anerkannten Interessen der übrigen Familienmitglieder Rücksicht zu nehmen.

Mit dieser Feststellung allein wird aber in manchen Fällen praktisch wenig anzufangen sein, nämlich dort, wo sich die Interessengebiete der beiden Eltern gleichmäßig und gleichberechtigt gegenüberstehen, wo sich also nicht entscheiden läßt, wessen Verhalten ein Rechtsmißbrauch ist, das Herausgabeverlangen oder das Vorenthalten des Kindes. Hier wird man dann doch prüfen müssen, welche Entscheidung dem Interesse des Kindes am besten entsprechen würde, so daß in solchen Fällen einer Klage auf Herausgabe immer dann stattzugeben wäre, wenn das Interesse des Kindes einen Wechsel seiner Erzieher erfordert, wenn also ein Interesse, das vielleicht eigennützige Interesse des klagenden und des beklagten Elternteils überwiegt.

Ganz ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn der Beklagte nicht der andere Elternteil, sondern ein Dritter ist. Hier kann von einem Rechtsmißbrauch des Vaters gegen den Dritten garnicht die Rede sein, weil ja dem Dritten ein gesetzliches Recht am Kinde von vornherein überhaupt nicht zusteht, wie das bei der beklagten Mutter der Fall war. Er könnte sich allein auf sein ihm vertraglich zugesichertes

[35]) O-Blume § 1632 Anm. 2 c ε; Kohler, 421; Eck, 57.

Recht berufen; denn daß er den Einwand des Rechtsmißbrauchs mit Rücksicht auf das Wohl des Kindes erheben könnte[35]), kann, wenn er schon der leiblichen Mutter versagt war, für einen Dritten erst recht nicht anerkannt werden.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß der Herausgabeanspruch nicht willkürlich geltendgemacht werden kann, sondern nur dann, wenn das wahre Wohl des Kindes einen Wechsel seiner Erzieher erfordert.

### Widerruf der Ermächtigung.

Wie wir gesehen hatten[1]), beruht in gewissen Fällen die Rechtsstellung eines vertraglich Erziehungsberechtigten auf einer Ermächtigung durch den Vater. Es ist hier die Frage zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit der Vater durch einen solchen Vertrag in der freien Widerruflichkeit dieser Ermächtigung beschränkt ist oder beschränkt werden kann.

Im gemeinen Recht war es nicht unbestritten, ob die Ermächtigung überhaupt widerruflich ist. So leitete Jhering aus dem römischen Recht die Theorie her, daß der Ermächtigende seine Ermächtigung nicht zurücknehmen könne, „wenn er sich nicht den Widerruf vorbehalten hätte“[2]). Darin sah er den Unterschied zur Vollmacht[3]).

Diese Theorie ist in das BGB nicht übernommen worden; vielmehr gilt hier für die Ermächtigung dasselbe wie für die Vollmacht: Beide sind frei widerruflich[4]). Dasselbe muß aber auch für die Ermächtigung gelten, wie wir sie in der Uebertragung von Sorgerechten sahen. Auch diese ist also frei widerruflich, und die Folge ihres Widerrufs würde sein, daß der Dritte zur unmittelbaren Einwirkung auf das Kind nicht mehr befugt wäre, daß er sich also durch die Anwendung körperlicher Züchtigungsmittel strafrechtlich verantwortlich machen würde.

Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht die überaus wichtige Frage beantwortet, ob die Widerruflichkeit dieser Ermächtigung überhaupt vertraglich ausgeschlossen werden kann oder ob nicht die besondere Richtung, die die Ermäch-

[1]) S. oben S. 55 und 58.
[2]) IherJahrb. 2 (1858), 52 ff.
[3]) Ludewig, 25.
[4]) Ludewig, 5.

tigung hier im Gebiete des Familienrechts hat, einer Unwiderruflichkeit derselben ganz entgegensteht; denn es liegt ja nahe, in dem vertraglichen Ausschluß der Widerruflichkeit der Ermächtigung einen Verzicht auf die elterliche Gewalt zu sehen. Diese Auffassung würde jedoch die berechtigten Interessen der Gegenseite ganz außer Acht lassen.

Der Dritte würde also dann, wenn ein Widerruf seiner Ermächtigung erfolgt, nicht mehr in der Lage sein, Ungebührlichkeiten des Kindes auf der Stelle zu ahnden. Er müßte sich vielmehr für jeden einzelnen Fall eine Erlaubnis vom Vater einholen, und seine Autorität gegenüber dem Kinde würde auf diese Weise einfach untergraben werden. Welche Wirkung das hätte, leuchtet ein, wenn man sich den Fall vorstellt, daß das Kind in einer Lehranstalt mit Internat untergebracht ist.

Andererseits kann es aber auch gerade die Schutzbedürftigkeit des Kindes erfordern, daß der Vater am freien Widerruf seiner Ermächtigung nicht behindert ist. Wenn sich z. B. herausstellt, daß er sein Kind einer unzuverlässigen Person anvertraut hat, würde es der ganzen Stellung des Vaters als elterlichen Gewalthabers einfach widersprechen, wenn er nicht in der Lage wäre, jene Ermächtigung zurückzuziehen.

Bei Abwägung dieser beiden Interessenkreise wird man zu der Einsicht kommen müssen, daß es sowohl im Interesse des Kindes wie des erziehungsberechtigten und -verpflichteten Dritten ist, an der Unwiderruflichkeit einer durch Vertrag erteilten Ermächtigung grundsätzlich festzuhalten.

Im einzelnen wird man die Grenzen dieser Unwiderruflichkeit dahin angeben können: Daß die Ermächtigung erlischt, wenn das ihr zugrundeliegende Rechtsverhältnis sein Ende erreicht oder wenn das Kind im Wege des Herausgabeanspruchs zum Vater zurückgeholt worden ist, soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Daneben würde der Vater zu einem Widerruf seiner Ermächtigung immer dann berechtigt sein, wenn sein Ausschluß ein Mißbrauch der ihm zustehenden elterlichen Gewalt wäre und das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten veranlassen könnte. Insoweit gilt also hier dasselbe wie für den Herausgabeanspruch[6]).

[5]) Wie bei der Vollmacht, vgl. § 168.
[6]) Vgl. oben S. 58.

# Lebenslauf

Am 18. August 1902 bin ich, Joachim Vorwerk, in Lauban in Schlesien geboren. Ich bin der Sohn des Telegrapheninspektors Richard Vorwerk und seiner Ehefrau Helene, geb. Günther, bin preußischer Staatsangehöriger und evangelischer Religion.

Bis Oktober 1914 besuchte ich das Gymnasium in Lauban und von da ab das Gymnasium Augustum in Görlitz, das ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte Rechts- und Staatswissenschaften zunächst in Breslau und vom Sommer 1923 ab in Marburg-Lahn. Am 7. August 1926 bestand ich die erste juristische Prüfung vor dem Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Kassel und wurde am 22. September 1926 zum Referendar in Görlitz ernannt. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Am 18. Dezember 1928 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Görlitz, im Juni 1929.

Joachim Vorwerk.